

## LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., 17 de mayo de 2017

Habiendo cumplido el trámite correspondiente y estando dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Árbitro Único a dictar el laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral promovido por la sociedad **OTCA S.A.S. –Sociedad Liquidada-** en contra de **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA**, previo un recuento de los antecedentes y demás aspectos preliminares de este proceso.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. PARTES PROCESALES:

**A. PARTE CONVOCANTE: OTCA S.A.S. – Sociedad Liquidada** - sociedad legalmente constituida conforme con las normas colombianas, representada legalmente por el señor **MIGUEL DE POMBO ESPECHE**, cuyo apoderado es el Dr. **CAMILO ERNESTO RAMIREZ BAQUERO**.

**B. PARTE CONVOCADA: AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.** sociedad legalmente constituida conforme con las normas colombianas, representada legalmente por la señora **ANA MARÍA CEBALLOS GARCIA**, cuyo apoderado es el Dr. **JOSÉ IGNACIO GARCÍA ARBOLEDA**.

#### 2. EL PACTO ARBITRAL

Las partes suscribieron el contrato de subarrendamiento No. 0056 celebrado el 12 de marzo de 2012, mediante el cual OTCA – En Liquidación - le entrega a AVIANCA en título de arriendo, el goce y la tenencia material de los inmuebles (i) Bodegas números 5 y 6, ubicadas en el primer piso del Nuevo Terminal de Carga TC-1 y (ii) La oficina 520, ubicada en el segundo piso del Nuevo Terminal de Carga TC-1. En dicho contrato se determinó en la cláusula vigésima sexta la siguiente cláusula arbitral:

*“CLÁUSULA XXVI SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS*

*26.2 Arbitraje:*

*Si no hubiere arreglo entre las Partes dentro de la etapa antedicha, éstas convocarán a un tribunal de arbitramento, cuyo número de árbitros dependerá de la cuantía de las pretensiones. El tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros, si se*

*trata de asuntos de mayor cuantía o de un (1) árbitro si las pretensiones son de menor cuantía. Dichos árbitros serán designados por acuerdo de las Partes o en su defecto, por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; serán abogados inscritos, fallarán en derecho y se sujetarán a las tarifas previstas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. El Tribunal del Arbitramento tendrá sede en la ciudad de Bogotá y se regirá por las leyes colombianas. Los costos y agencias en derecho que se generen por este Tribunal de Arbitramento serán pagas por la parte vencida.*

*Si un árbitro no acepta, renuncia, fallece o queda inhabilitado, será remplazado en la forma señalada para su nombramiento.”*

Igualmente en el contrato de subarrendamiento No. 0005 celebrado el 6 de agosto de 2010, mediante el cual el OPERADOR DEL TERMINAL DE CARGA DEL AEROPUERTO EL DORADO S.A.S. le entrega a TAMPA CARGO S.A. a título de arriendo el goce y la tenencia material del área identificada como: Bodegas con un área de total 1.335 m2 discriminados 226 M2 de oficinas en el primer piso del TC2, 485 M2 oficinas en el segundo piso TC2, 306 M2 de oficinas en el primer piso TC2- CSU y 3 M2 en el segundo piso del TCE-CSU. En dicho contrato se determinó en la cláusula vigésima sexta la siguiente cláusula arbitral:

#### “CLÁUSULA XXVI SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

##### 26.2 Arbitraje:

*Si no hubiere arreglo entre las Partes dentro de la etapa antedicha, éstas convocarán a un tribunal de arbitramento, cuyo número de árbitros dependerá de la cuantía de las pretensiones. El tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros, si se trata de asuntos de mayor cuantía, o de un (1) árbitro si las pretensiones son de menor cuantía. Dichos árbitros serán designados por acuerdo de las Partes o en su defecto, por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; serán abogados inscritos, fallarán en derecho y se sujetarán a las tarifas previstas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. El Tribunal del Arbitramento tendrá sede en la ciudad de Bogotá y se regirá por las leyes colombianas. Los costos y agencias en derecho que se generen por este Tribunal de Arbitramento serán pagados por la parte vencida.*

*Si un árbitro no acepta, renuncia, fallece o queda inhabilitado, será reemplazado en la forma señalada para su nombramiento”*

En la audiencia de conciliación celebrada el 20 de octubre de 2016, las partes celebraron el siguiente compromiso, que fue tenido en cuenta por el Tribunal mediante Auto No. 9 de la misma fecha:

*“MIGUEL DE POMBO ESPECHE, actuando en nombre y representación de OTCA S.A.S., y ANA MARÍA CEBALLOS GARCÍA, actuando en nombre y representación*

de AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO, AVIANCA S.A., hemos decidido de común acuerdo suscribir el siguiente compromiso:

*Para efectos del procedimiento arbitral identificado con el número de expediente 4552 e iniciado por OTCA S.A.S., como parte convocante y AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO, AVIANCA S.A, como parte convocada, ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Las partes de común acuerdo designan árbitro único al doctor NICOLÁS URIBE LOZADA, independientemente de la cuantía de dicho trámite arbitral”*

### **3. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA**

#### **3.1. Las pretensiones expuestas por la parte convocante mediante demanda de fecha 18 de marzo de 2016 son las siguientes:**

##### **PRETENSIONES**

- 1. Que se declare que el Subarrendatario ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones bajo la Cláusula 5.2 del Contrato de Subarriendo por no haber efectuado el reembolso de los Gastos Operacionales Reembolsables a su cargo incurridos en el año 2014 en exceso de los anticipos efectuados por él durante dicho periodo;*
- 2. Que como consecuencia del citado incumplimiento grave y en aplicación de la Cláusula 5.5 del Contrato de Subarriendo, se declare que sobre las sumas no reembolsadas se causan intereses de mora a la tasa más alta legalmente aplicable, por el plazo comprendido entre el día 17 de marzo de 2015 y hasta la fecha en que se efectúe el correspondiente pago;*
- 3. Que como consecuencia del anotado incumplimiento y en aplicación de la Cláusula 20.2 del Contrato de Subarriendo, se declare que el Subarrendatario está obligado al pago de la cláusula penal equivalente a diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes, por cada día de retardo en el cumplimiento dicha obligación, sin perjuicio de derecho a la exigencia del interés de mora como indemnización de perjuicios, penalidad que será graduada conforme a la ley;*
- 4. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se liquide y condene al Subarrendatario a pagar al Subarrendador las sumas que resulten de las anteriores declaraciones, causándose interés de mora desde la fecha en que quede en firme el laudo arbitral, o la que éste indique para su cumplimiento, y hasta que sean finalmente satisfechas sus condenas;*
- 5. Que se liquide y condene al Subarrendatario al pago de la totalidad de costos y agencias en derecho que se generen por el tribunal de arbitramento, en cumplimiento de la Cláusula 26.2 de los Contratos de Subarriendo;*

6. *Que se reconozca cualquier otro derecho que derive o resulte de los hechos demostrados en el proceso.*

**3.2 Las excepciones de mérito expuestas por la parte convocada mediante contestación de la demanda de fecha 11º de agosto de 2016 son las siguientes:**

1. *Falta de legitimación en la causa por activa de OTCA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN para reclamar los gastos reembolsables a los que se refiere este proceso*
2. *SUBSIDIARIA: Extralimitación de OTCA S.A.S. en su calidad de mandataria de AVIANCA para efectos de la administración de las expensas comunes del terminal de carga del aeropuerto Eldorado.*
3. *SUBSIDIARIA: Negligencia en la administración del mandato.*
4. *SUBSIDIARIA: Tanto el contrato de subarrendamiento celebrado entre OTCA y AVIANCA como los accesorios que de él derivan, son de adhesión.*
5. *SUBSIDIARIA: Mala fe de OTCA.*
6. *SUBSIDIARIA: El cobro de la cláusula penal no es compatible con el cobro de intereses moratorios.*
7. *SUBSIDIARIA: Compensación.*

**3.3 Las pretensiones expuestas por la convocada mediante demanda de reconvencción de fecha 11º de agosto de 2016 son las siguientes:**

**PRIMERA-** *Que se declare la existencia de un contrato de mandato accesorio al Contrato de Subarriendo No. 0056 de 12 de marzo de 2012 celebrado entre OTCA y AVIANCA*

**PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRIMERA PRINCIPAL-** *Que se declare que en virtud de la gestión que debía hacer OTCA para la operación y administración de las áreas comunes y de los gastos reembolsables de la cláusula 5.2 del Contrato de Subarrendamiento No. 0056 de 12 de marzo de 2012 existió una relación de mandato con AVIANCA*

**SEGUNDA-** *Que se declare que OTCA incumplió las cláusulas 5.2, 5.8, 6.1.3 y 6.2 del Contrato de Subarrendamiento No. 0056 del 12 de marzo de 2012 al cobrarle a AVIANCA el reembolso de gastos que no coinciden con la naturaleza de gastos reembolsables pactados en el contrato y al hacer una indebida compensación de los mismos con el anticipo pagado por AVIANCA.*

**TERCERA-** Que se declare que OTCA incumplió el contrato de mandato accesorio al Contrato de Subarrendamiento No. 0056 de 12 de marzo de 2012 celebrado con AVIANCA al haber cobrado al mandante gastos que no fueron de su beneficio.

**PRIMERA SUBSIDIARIA A LA TERCERA PRINCIPAL-** Que se declare que OTCA incumplió la relación de mandato accesorio al Contrato de Subarrendamiento No. 0056 de 12 de marzo de 2012 celebrado entre OTCA y AVIANCA al haber cobrado a AVIANCA gastos que no fueron de su beneficio.

**Cuarta-** Que se declare que OTCA hizo una indebida compensación de gastos que no coinciden con la naturaleza de gastos reembolsables con el anticipo pagado por AVIANCA por valor de CUATROSIENTOS VEINTISIETE MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL CUATROSIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS (COP\$427.585.443).

**QUINTA-** Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene a OTCA a restituir la suma de OCHENTA Y UN MILLONES CUARENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS TRES PESOS (COP\$ 81.045.903) a favor de AVIANCA por concepto del excedente del anticipo pagado por los gastos reembolsables del año 2014 relacionados con el Contrato de Subarrendamiento No. 0056 de 12 de marzo de 2012.

**PRIMERA SUBSIDIARIA A LA QUINTA PRINCIPAL-** Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a ACERO COLOMBIA S.A.S., en calidad de cesionaria de los derechos de OTCA, a restituir la suma de OCHENTA Y UN MILLONES CUARENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS TRES PESOS (\$81.045.903) a favor de AVIANCA por concepto del excedente del anticipo pagado por los gastos reembolsables del año 2014 relacionados con el Contrato de Subarrendamiento No. 0056 de 12 de marzo de 2012.

**SEXTA-** Que, como consecuencia de la restitución del excedente del anticipo pagado por los gastos reembolsables del año 2014 que se haga a AVIANCA, se condene a OTCA a pagar intereses a la tasa máxima legal permitida por la ley a AVIANCA sobre la suma correspondiente a la pretensión QUINTA anterior, desde el momento en que se efectuó el pago hasta el momento en que se verifique el cumplimiento de la orden judicial por parte de OTCA.

**PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SEXTA PRINCIPAL-** Que, como consecuencia de la restitución del excedente del anticipo pagado por los gastos reembolsables del año 2014 que haga a AVIANCA, se condene a ACERO COLOMBIA S.A.S. a pagar intereses a la tasa máxima legal permitida por la ley a AVIANCA sobre la suma correspondiente a la pretensión QUINTA anterior, desde la presentación de la demanda hasta el momento en que se verifique el cumplimiento de la orden judicial por parte de ACERO COLOMBIA S.A.S.

**SÉPTIMA-** Que se reconozca la cesión de derechos celebrada entre AVIANCA y TAMPA, por medio de la cual TAMPA le cedió a AVIANCA los créditos contingentes que derivan del pago indebido que TAMPA efectuó a órdenes de OTCA respecto de los gastos reembolsables del año 2014. Ello en relación con el Contrato de Subarrendamiento No. 005 de 6 de agosto de 2010 celebrado entre OTCA y TAMPA.

**OCTAVA-** Que se declare la existencia de un contrato de mandato accesorio al Contrato de Subarrendamiento No. 005 de 6 de agosto de 2010 celebrado entre OTCA y TAMPA.

**PRIMERA SUBSIDIARIA A LA OCTAVA PRINCIPAL-** Que se declare que en virtud de la gestión que debía hacer OTCA para la operación y administración de las áreas comunes y de los gastos reembolsables de la cláusula 5.2 del Contrato de Subarrendamiento No. 005 de 6 de agosto de 2010 existió una relación de mandato con TAMPA.

**NOVENA-** Que se declare que OTCA incumplió las cláusulas 5.2, 5.8, 6.1.3 y 6.2 del Contrato de Subarrendamiento No. 005 de 6 de agosto de 2010 al cobrarle a TAMPA el reembolso de gastos que no coinciden con la naturaleza de gastos reembolsables pactados en el contrato y al hacer una indebida compensación de los mismos con el anticipo pagado por TAMPA.

**DÉCIMA-** Que se declare que OTCA incumplió el contrato de mandato accesorio al Contrato de Subarrendamiento No. 005 de 6 de agosto de 2010 celebrado con TAMPA al haber cobrado al mandante gastos que no fueron de su beneficio.

**PRIMERA SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA PRINCIPAL-** Que se declare que OTCA incumplió la relación de mandato accesorio al Contrato de Subarrendamiento No. 005 de 6 de agosto de 2010 celebrado entre OTCA y TAMPA al haber cobrado a TAMPA gastos que no fueron de su beneficio.

**DÉCIMA PRIMERA-** Que se declare que OTCA hizo un cobro indebido de gastos a TAMPA que no coinciden con la naturaleza de gastos reembolsables por valor de DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS (COP\$288.655.349)

**DÉCIMA SEGUNDA-** Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a OTCA a restituirla suma de DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS (COP\$ 288.655.349) a favor de AVIANCA, en calidad de cesionario de TAMPA, por concepto del excedente pagado por gastos reembolsables del año 2014 relacionados con el Contrato de Subarrendamiento No. 005 de 6 de agosto de 2010

**PRIMERA SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA SEGUNDA PRINCIPAL-** Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, condene a ACERO COLOMBIA



S.A.S., en calidad de cesionaria de los derechos de OTCA, a restituir la suma de DOSCIENTOS ochenta y ocho millones seiscientos cincuenta y cinco mil trescientos cuarenta y nueve pesos (COP\$ 288.655.349) a favor de AVIANCA, en calidad de cesionaria de TAMPa, por concepto del excedente del anticipo pagado por los gastos reembolsables del año 2014 relacionados con el Contrato de Subarrendamiento No. 0056 de 12 de marzo de 2012.

**DÉCIMA TERCERA-** Que, como consecuencia de la restitución del excedente pagado por los gastos reembolsables del año 2014 que se haga a AVIANCA, en calidad de cesionario de TAMPa, se condene a OTCA a pagar intereses a la tasa máxima legal permitida por la ley a AVIANCA sobre la suma correspondiente a la pretensión DÉCIMA SEGUNDA anterior, desde el momento en que se efectuó el pago hasta el momento en que se verifique el cumplimiento de la orden judicial por parte de OTCA.

**PRIMERA SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA TERCERA PRINCIPAL-** Que, como consecuencia de la restitución del excedente del anticipo pagado por los gastos reembolsables del año 2014 que se haga a AVIANCA, se condene a ACERO COLOMBIA S.A.S. a pagar intereses a la tasa máxima legal permitida por la ley a AVIANCA, en calidad de cesionario de TAMPa, sobre la suma correspondiente a la pretensión DÉCIMA SEGUNDA anterior, desde la presentación de la demanda hasta el momento en que se verifique el cumplimiento de la orden judicial por parte de ACERO COLOMBIA S.A.S..

**DÉCIMA CUARTA-** Que se condene en costas a las demandadas.

**3.4 Las excepciones de fondo expuestas por la convocante mediante contestación de la demanda de reconvención de fecha 30 de septiembre de 2016 son las siguientes:**

- a. *Inexistencia de un mandato individual entre la convocante y la convocada;*
- b. *Existencia de una relación de administración de las zonas comunes del Terminal de Carga del Aeropuerto El Dorado en función y beneficio de la colectividad de subarrendatarios en el terminal de carga del aeropuerto el Dorado;*
- c. *Existencia y veracidad de todos los cargos incurridos por la convocante como costos y gastos de mantenimiento y administración de zonas comunes del Terminal de Carga del Aeropuerto el Dorado que fueron reportados como gastos operacionales reembolsables durante los años 2010 a 2014;*
- d. *Cumplimiento oportuno, adecuado y completo de las obligaciones de rendición de cuentas por parte de la convocante, por su relación de administración frente a la colectividad de subarrendatarios en el terminal de carga del aeropuerto el Dorado durante los años 2010 al 2014;*

- e. *Aceptación tácita por la colectividad de subarrendatarios en el terminal de carga del aeropuerto el Dorado a la rendición de cuentas, presentadas por la convocante, respecto de los gastos operacionales reembolsables incurridos en cada uno de los años desde 2010 al año 2014;*
- f. *Aceptación tácita por la colectividad de subarrendatarios a todos los conceptos incluidos en las rendiciones de cuentas hechas mediante liquidaciones anuales de cuentas, presentadas por la convocante en cada uno de los años desde 2010 a 2014;*
- g. *Excepción de aceptación tácita por silencio de la convocada a la rendición de cuentas presentadas por la convocante respecto de los gastos operacionales reembolsables incurridos en el año 2014.*
- h. *Falta de competencia del tribunal en relación con las pretensiones incoadas por la convocada respecto de la supuesta cesión de derechos efectuada por la sociedad Tampa S.A. a la convocada, por las siguientes razones:*
  - i. *La cesión de derechos parece versar sobre una pretensión de carácter litigioso en la medida que no recae sobre obligaciones reconocidas por la convocante*

*En tal sentido, no siendo derechos sino expectativas inciertas solo pueden tomarse en derechos a través de un procedimiento de resolución de conflictos en el que se declaren, que para la relación jurídica de subarriendo entre OTCA y TAMPA es el contenido en la cláusula compromisoria contenida en tal contrato. Así, solo TAMPA puede incoar tales pretensiones y hacerlo a través de un procedimiento arbitral independiente.*
  - ii. *TAMPA no es parte de la relación jurídico contractual que contiene la cláusula compromisoria que da lugar al presente procedimiento y por tanto no puede ser parte del presente trámite.*
  - iii. *La cesión de derechos por parte de TAMPA a AVIANCA no supuso la cesión de la posición contractual que tenía TAMPA frente a OTCA en el contrato de subarriendo entre estas últimas, por lo que AVIANCA no puede asumir la posición de TAMPA para demandar a OTCA en este trámite.*
- i. *Las demás excepciones que sean verificadas sobre la base de las evidencias que sean aportadas al proceso*

#### **4. TRÁMITE ARBITRAL:**

**A. CONVOCATORIA:** El abogado Camilo E. Ramírez Baquero apoderado especial de la sociedad OTCA S.A.S- En Liquidación, mediante demanda arbitral presentada el



18 de marzo de 2016, convocó a la sociedad AVIANCA S.A. a trámite arbitral con fundamento en la cláusula arbitral transcrita arriba.

- B. DESIGNACIÓN ÁRBITROS:** El Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá por designación de las partes el 2 de mayo de 2016 designa como árbitro al doctor: Nicolás Uribe Lozada.

El doctor Uribe aceptó su designación como árbitro en su debida oportunidad.

- C. INSTALACIÓN:** El 27 de junio de 2016, siendo las 9:00 a.m., se dio inicio a la audiencia de instalación del Tribunal Arbitral, en la que se el árbitro único nombró como secretario al doctor Nicolás Lozada Pimiento y se fijó como lugar de funcionamiento el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

- D. ADMISIÓN DE LA DEMANDA:** A través del Auto No. 2, el Tribunal determinó que la demanda no contenía el respectivo juramento estimatorio.

Por tanto, el Tribunal resolvió inadmitir la demanda presentada por la sociedad OTCA S.A.S.- En Liquidación contra AVIANCA S.A., y dio un término de 5 días para subsanar la demanda.

El día 28 de junio de 2016, la apoderada de la parte convocante subsanó la demanda aportando el juramento estimatorio.

El día 5 de julio de 2016, se llevó a cabo la audiencia del Tribunal Arbitral, en donde se admitió la demanda presentada por OTCA S.A.S.- En Liquidación contra AVIANCA S.A. En consecuencia, se notificó personalmente a la parte convocada y se le corrió traslado de la demanda con sus anexos.

- E. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:** El día 11 de agosto del 2016, el apoderado de la parte demandada dio contestación a la demanda interpuesta por OTCA S.A.S.- En Liquidación. y presentó excepciones de mérito y demanda de reconvención.

La demanda de reconvención fue admitida a través del Auto No. 4 del 19 de agosto de 2016 y se le corrió a la parte convocante.

Por secretaría se corrió traslado conjunto de las excepciones de mérito propuestas tanto a la contestación de la demanda.

- F. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN:** El día 20 de octubre de 2016, comparecieron a la audiencia, por la parte convocante el señor Miguel Arcángel De Pombo Espeche, representante legal de **OTCA S.A.S. – En Liquidación** - y el Dr. Camilo E. Ramírez Baquero en su calidad de apoderado judicial. Por parte de la convocada, comparecieron la señora Ana María Ceballos García, representante legal de

**AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO AVIANCA S.A.** y el Dr. José Ignacio García Arboleda en su calidad de apoderado judicial.

El Tribunal declaró fracasada la conciliación debido a la imposibilidad de las partes para llegar a un acuerdo.

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal mediante el Auto No. 8 declaró fracasada la audiencia de conciliación y decidió continuar con el trámite legal del proceso arbitral.

**G. GASTOS DEL PROCESO:** Habiéndose declarado fallida la audiencia de conciliación, el Tribunal determinó fijar por concepto de honorarios del Árbitro Único, Secretario, así como las partidas de gastos de administración del Centro de Arbitraje y otros la suma de \$32.368.880,12 más el Impuesto al Valor Agregado – IVA.

**H. AUDIENCIA DE TRÁMITE:** Habiéndose pagado los gastos del proceso, se procedió a realizar la primera audiencia de trámite, en donde mediante Auto No. 13 el Tribunal se declaró competente para resolver las controversias contractuales entre las partes.

**I. MEDIDAS CAUTELARES:** Mediante Auto No. 14, el Tribunal decretó la medida cautelar solicitada por la parte convocada, consistente en que la parte convocante creara una reserva por la suma de COP 550.000.000 para garantizar el pago de un eventual pasivo en su contra.

Sin embargo, el Tribunal, mediante Auto No. 20, debido la situación financiera de la parte convocante y a que la prosperidad de las pretensiones de la convocada aún era incierta, decidió abstenerse de practicar la medida cautelar decretada.

**J. PRUEBAS:**

**1. Decreto:** Mediante auto No. 15 de 22 de noviembre de 2016, el Tribunal Arbitral se pronunció acerca de las pruebas aportadas y solicitadas por las partes en los diferentes escritos presentados por las mismas. Dicha providencia decretó la práctica de las siguientes pruebas:

a. Pruebas solicitadas por la parte convocante en la demanda y demás escritos:

i. Documentales presentadas con la demanda del 18 de marzo de 2016.

ii. Prueba pericial. Denegada

**2. Pruebas solicitadas por la parte convocada en la contestación de la demanda**

- i. Documentales presentadas con la contestación de la demanda.
  - ii. Pruebas testimoniales y declaración de parte
    - 1. Miguel Arcángel De Pombo Espeche, representante legal de OTCA S.A.S.
    - 2. Susana Mantilla Moncaleano
    - 3. Jully Ocampo Bustos
    - 4. Claudia Céspedes Castro
    - 5. Catalina Nieto Rincón
  - iii. Exhibición de documentos
  - iv. Dictamen pericial
3. Pruebas solicitadas por la parte convocada en la demanda de reconvención
- i. Documentales presentadas con la demanda de reconvención.
  - ii. Interrogatorio de parte
    - 1. Miguel Arcángel De Pombo Espeche, representante legal de OTCA S.A.S.
  - iii. Dictamen pericial

**K. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:** Habiéndose realizado cada una de las pruebas, mediante Auto No. 26, el Tribunal declaró el cierre del periodo probatorio y procedió para que se llevaran a cabo los alegatos de conclusión.

En audiencia de alegaciones de 2 de marzo de 2017, los apoderados de las partes convocante y convocada presentaron sus alegatos.

**L. DURACIÓN DEL ARBITRAJE:** Conforme a lo previsto en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, la duración del presente trámite fue la siguiente:

- a. La primera audiencia de trámite se llevó a cabo el 20 de octubre de 2016.
- b. El término de seis (6) meses de duración del trámite arbitral dispuesto en la ley vencería el 20 de mayo de 2017.
- c. Sin embargo, por solicitud de las partes el procedimiento arbitral estuvo suspendido en los siguientes períodos:
  - i. entre el 14 de diciembre de 2016 y el 16 de enero de 2017, ambas fechas inclusive, es decir un mes y dos (2) días.
- d. De acuerdo con lo anterior, han transcurrido cuatro (4) meses y veintiún (21) días del término del arbitraje.

**M. PRESUPUESTOS:** Se verificó por parte del Tribunal que la demanda fue presentada en debida forma, se constató la competencia del Tribunal para decidir sobre las cuestiones sometidas a su conocimiento, se verificó la existencia y capacidad de las partes, y, en general, se da cuenta que se encuentran cumplidos los requisitos indispensables para la validez del proceso arbitral.

**N. SANEAMIENTO DEL PROCESO:** Previo al pronunciamiento sobre las pretensiones de la demanda que dieron lugar al presente trámite arbitral, el Tribunal observa que no existen nulidades procesales que ameriten la posibilidad de abstenerse de producir un pronunciamiento de fondo. Adicionalmente, se evidencia que aquellas eventuales nulidades que pudieron haber existido no fueron manifestadas por las partes convocante y convocada en la oportunidad dada previo al inicio de la audiencia de alegatos de conclusión, por lo cual, se encuentran saneadas.

En este sentido, el Tribunal nota que no quedaron pendientes pruebas por practicar ni se pretermitieron oportunidades para que las partes ejercieran su derecho de defensa y contradicción. Por el contrario, se respetaron los derechos de las partes y sus apoderados y se realizaron todas las notificaciones y traslados en debida forma.

El Tribunal, entonces, procede a pronunciarse sobre cada una de las pretensiones que fueran formuladas en la demanda por la parte convocante, las excepciones expuestas por la parte convocada en la contestación de la demanda, las pretensiones expuestas por la parte convocada mediante la demanda de reconvención y por ultimo las excepciones planteadas por la parte convocante mediante la contestación de la demanda de reconvención.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. LA DEMANDA INTERPUESTA POR OTCA SAS EN LIQUIDACIÓN CONTRA AVIANCA S.A.

#### 1.1. Precisión del alcance de las pretensiones de la parte convocante.

OTCA actuando por cuenta y nombre propio, pretende de parte de AVIANCA S.A. el pago del excedente o saldo a su favor correspondiente al monto de gastos operacionales reembolsables causados durante la vigencia comprendida entre el 1 de enero de 2014 y el 31 de diciembre de ese mismo año, por una suma equivalente a COP 145.702.471.

En adición a lo anterior, OTCA solicita el pago de intereses de mora a la máxima tasa legal permitida (bancario corriente más una mitad) aplicados sobre el importe no pagado por AVIANCA. Los intereses, conforme a su petición, se deben calcular desde el día 17 de marzo de 2015 hasta la fecha del fallo a su favor.

Así mismo, OTCA solicita el pago de una cláusula penal con función de apremio (multa) prevista en el numeral 20.2 del contrato suscrito entre las partes, que sanciona la inejecución de la obligación a cargo del subarrendatario con una multa equivalente a diez (10) salarios mínimos vitales diarios por cada día de retraso incurrido.

Tomando en consideración lo previsto en la cláusula 20.2. del contrato, que indica que dicha multa no podrá ser en ningún caso superior al 20% del valor del contrato de subarriendo, ni tampoco a la obligación principal pretendida en el litigio,<sup>1</sup> OTCA determinó en su juramento estimatorio que, con corte a febrero 1 de 2016, el importe de la multa sería la suma de COP 181.001.158,67.

### **1.2. Precisión del alcance de las excepciones propuestas por la parte convocada.**

La excepción principal de la convocada es la falta de legitimación por activa dado que el titular del crédito debatido no era OTCA sino el Patrimonio autónomo OTCA a quien se le cedieron todos los derechos económicos derivados del contrato.

Las demás excepciones propuesta por la parte convocada son subsidiarias y radican en múltiples argumentos jurídicos tendientes a cuestionar la validez, exigibilidad y existencia del crédito reclamado por la parte convocante, destacándose entre dichos argumentos, aquellos referentes a la extralimitación del contrato de mandato y la solicitud de cobro de expensas que no tienen la condición de gastos operacionales reembolsables, compensación y que no es compatible el cobro de intereses de mora al mismo tiempo del cobro de una cláusula penal con función de apremio.

## **2. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN INTERPUESTA POR AVIANCA S.A. Y TAMPA CARGO S.A. EN CONTRA DE OTCA SAS EN LIQUIDACIÓN**

### **2.1. Precisión del alcance de las pretensiones formuladas por AVIANCA y TAMPA**

El sustento jurídico de la reconvencción radica en una eventual extralimitación por parte de OTCA en la ejecución de su mandato para la administración de las zonas comunes del nuevo terminal de carga del Aeropuerto el Dorado, incurriendo en expensas que no eran procedentes al no cumplir con la condición o calidad de ser gastos operacionales reembolsables.

---

<sup>1</sup> Lo anterior conforme lo disponen los artículos 1601 del Código Civil Colombiano que dispone que “... cuando una de las partes se obligó a pagar una cantidad de determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste así mismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda del duplo de la primera, incluyéndose esta en él. ...” y 867 del Código de Comercio: “Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse. Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero, la pena no podrá ser superior al monto de aquella. Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte.” Se resalta fuera del texto original.

En razón de dicha extralimitación en su encargo, OTCA debe reintegrar a AVIANCA y a TAMPA las sumas cobradas en forma excesiva, debiendo rembolsar para AVIANCA de COP 81.045.903 y para TAMPA, COP 288.655.349. Siendo muy superior la suma correspondiente a esta última, dado que de buena fe había procedido a realizar el pago del dinero adicional que le fue cobrado por OTCA por concepto de gastos operacionales reembolsables causados durante la vigencia comprendida entre el 1 de enero de 2014 y el 31 de diciembre de ese mismo año.

## **2.2. Precisión del alcance las excepciones propuestas por la parte reconvenida.**

Formuló varias excepciones OTCA en relación con la pretensión de AVIANCA y TAMPA en su mayoría dirigidas a cuestionar la existencia de la obligación de reembolso pretendida por éstas, fundadas especialmente en la aceptación de las cuentas por partes de los mandantes (con fundamento en lo previsto en el artículo 1270 del Código de Comercio) y especialmente en la veracidad y soporte de los gastos operacionales reembolsables incurridos.

Las otras excepciones formuladas por OTCA se encuentran dirigidas específicamente a cuestionar la legitimación en la causa por parte de AVIANCA para actuar como cesionario de TAMPA y la falta de competencia del Tribunal Arbitral para referirse a hechos que tuvieron su génesis en un contrato de subarrendamiento diferente al contrato N° 56 suscrito celebrado entre OTCA y AVIANCA, negocio jurídico en el que estaba incorporada la cláusula compromisoria que sirvió originalmente de pacto arbitral para el inicio e instalación del presente Tribunal.

## **3. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL**

Es importante precisar que si bien el presente proceso se origina fundado en la cláusula compromisoria contenida en la cláusula 26 del contrato de subarrendamiento N° 56 celebrado entre OTCA SAS y AVIANCA S.A., posteriormente en la audiencia de conciliación celebrada el día 20 de octubre de 2016, las partes, según consta en el Acta N° 6 de este expediente, de común acuerdo decidieron modificar el alcance del pacto arbitral y suscribieron un compromiso con el siguiente tenor literal:

**“COMPROMISO:**

*Para efectos del procedimiento arbitral identificado con el número de expediente 4552 e iniciado por OTCA S.A.S., como parte convocante, y AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO, AVIANCA S.A., como parte convocada, ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; las partes de común acuerdo designan árbitro único al doctor NICOLÁS URIBE LOZADA, independientemente de la cuantía de dicho trámite arbitral”*

Con fundamento en el texto de compromiso transcrito, para este Tribunal, es totalmente claro que las partes lo dotaron de plena competencia para resolver cualquier controversia



suscitada entre ellas, al interior del trámite 4552 objeto de la referencia, sin importar la cuantía de la misma. Dicha habilitación, implica que el Tribunal, es plenamente competente para revisar tanto las pretensiones formuladas por OTCA en la demanda, como aquellas pretensiones efectuadas por AVIANCA en su escrito de reconvención, incluso si lo reclamado por ese proceso por AVIANCA corresponde a derechos que le fueron cedidos por un tercero y no tienen su origen en el contrato de subarrendamiento N° 56 que fue suscrito entre OTCA y AVIANCA.

Lo anterior, por cuanto el pacto arbitral muta su naturaleza de forma de cláusula compromisoria a compromiso y por ese simple cambio permite asumir competencia sobre la disputa procesal surtida entre OTCA y AVIANCA, sin importar cuál ha sido la fuente que generó dicho debate. Debe tenerse presente que al momento de haber suscrito el compromiso ya se encontraba trabada la litis y ambas partes conocían plenamente el texto de los escritos de demanda y de reconvención.

Por lo anterior, sorprende en buena medida, que el apoderado de OTCA en sus alegatos de conclusión siga mencionando la falta de competencia del Tribunal para conocer las pretensiones formuladas por AVIANCA en su contra en su calidad de cesionario de los derechos de TAMPA S.A. Lo anterior, primero porque OTCA nunca repuso el auto mediante el cual el Tribunal se declaró plenamente competente en la primera audiencia de trámite, lo cual era la oportunidad procesal indicada para cuestionar supuesta falta de competencia por parte del Tribunal, y segundo, por cuanto, como se dijo anteriormente, el pacto arbitral que dota de facultades jurisdiccionales al Tribunal, ya no tiene su fuente simplemente en la cláusula compromisoria celebrada por OTCA y AVIANCA y contenida en el contrato N° 56, sino un negocio jurídico diverso, en un compromiso<sup>2</sup>, celebrado por las partes para permitir que el árbitro dirimiera cualquier controversia surgida entre ellas al interior del trámite 4552 lo cual implica la resolución de todas y cada una de las pretensiones contenidas en dicho procedimiento arbitral, tanto en la demanda como en la reconvención.

Adicionalmente y, contrario a lo que indica OTCA en los alegatos de conclusión, TAMPA no sólo cedió a AVIANCA sus derechos mediante documento privado, sino que adicionalmente, de manera expresa transfirió los efectos de la cláusula compromisoria contenida en el contrato de subarrendamiento N° 5 suscrito entre OTCA y AVIANCA, por cuando así se indica en el título que sirve de sustento para la cesión de derechos.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Regulado en la Ley 1563 de 2012 en los siguientes términos: Artículo 6. COMPROMISO. El compromiso podrá constar en cualquier documento, que contenga: 1. Los nombres de las partes. 2. La indicación de las controversias que se someten al arbitraje. 3. La indicación del proceso en curso, cuando a ello hubiere lugar. En este caso las partes podrán ampliar o restringir las pretensiones aducidas en aquel.

<sup>3</sup> Ver folio 161 del cuaderno de pruebas. El contrato de cesión de crédito de fecha 8 de agosto de 2016 establece la siguiente consideración: *“NOVENA LAS PARTES acordaron una cláusula compromisoria a través de la cláusula 26.2. del CONTRATO. Así, en observancia de lo previsto en el inciso segundo del artículo quinto de la Ley 1563 de 2012 como mecanismo para ejercer las acciones derivadas del contrato, razón por la cual la presente cesión de créditos derivados del contrato conlleva la cesión de los efectos de la cláusula compromisoria, en aras de permitirle a EL CESIONARIO la reclamación judicial de aquellos.”* Así mismo en el párrafo final de la cláusula primera (OBJETO DEL CONTRATO) se dispuso que: *“Además, de acuerdo con lo previsto en el inciso segundo del artículo quinto de la Ley 1563 de 2012, LAS PARTES entienden que la presente*

Conforme lo expuesto en las líneas anteriores, no cabe ninguna duda en torno a la competencia del presente Tribunal para dirimir las controversias planteadas por las partes en sus escritos de demanda y reconvención.

#### **4. LOS CONTRATOS DE SUBARRENDAMIENTO – FUENTES NORMATIVAS**

Es importante mencionar que la relación jurídica sustancial entre OTCA y AVIANCA y entre OTCA y TAMPA tuvo su origen en sendos contratos de subarrendamiento sobre distintas porciones de un mismo inmueble (Nuevo terminal de carga del Aeropuerto El Dorado), bien raíz que fue en primera medida concesionado por la Aerocivil a Opain S.A. y posteriormente, dado en arrendamiento por este último a favor de la sociedad OTCA.

Los mencionados contratos de subarrendamiento son transacciones eminentemente privadas, que se regulan por el derecho mercantil, por ser actos de comercio conforme lo establece el (Art. 20 # 2 del C. de Co).<sup>4</sup>

Ahora bien, dado que la legislación mercantil no regula el contrato de arrendamiento, ni de subarrendamiento<sup>5</sup>, por invocación expresa (art. 822 del C. de Co<sup>6</sup>) el contrato será regido por lo dispuesto en el título XXVI del Libro Cuarto del Código Civil referentes al contrato de arrendamiento y específicamente a las normas atinentes a arrendamiento de cosas dispuestas y, en particular, de bienes raíces contenidas en los Capítulos I, II, III; IV y V del mencionado título XXVI.

Adicionalmente, y con total relevancia para el presente caso, siendo plenamente aplicable a esta transacción el derecho privado, deberán tenerse especialmente en cuenta las estipulaciones contractuales válidamente consignadas por las partes en negocio jurídico de subarrendamiento, tomando en consideración que el art. 4 del C. de Co establece que “(...) *las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales*

---

*cesión de créditos conlleva la cesión de los efectos de la cláusula compromisoria, en aras de que EL CESIONARIO pueda reclamar judicialmente los referidos créditos como fue acordado entre LAS PARTES.”*

<sup>4</sup> Código de Comercio: “Artículo 20. Son mercantiles para todos los efectos legales: 1) La adquisición de bienes a título oneroso con destino a enajenarlos en igual forma, y la enajenación de los mismos; 2) La adquisición a título oneroso de bienes muebles con destino a arrendarlos; el arrendamiento de los mismos; el arrendamiento de toda clase de bienes para subarrendarlos, y el subarrendamiento de los mismos; (...) Se resalta fuera del texto original.

<sup>5</sup> Es importante mencionar que el contrato de arrendamiento en materia mercantil sólo es regulado en el código de Comercio en los artículos 518 y siguientes referentes al derecho de renovación del arrendamiento del local comercial, normas que para la presente litis, a pesar de la condición de local comercial del inmueble arrendado no son relevantes para nuestro estudio.

<sup>6</sup> Código de Comercio. “Artículo 822. Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa. La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley.”

*supletivas y las costumbres mercantiles*”, norma que en su texto es plenamente coincidente con lo establecido en el artículo 1602 del ordenamiento civil.<sup>7</sup>

Conforme lo dicho anteriormente, este Tribunal dará plena aplicación a las disposiciones contractuales dispuestas en el contrato de subarrendamiento, salvo que alguna de ellas contradiga una norma imperativa o el orden público, las interpretará si existe algún pasaje que requiera ser aclarado para determinar la voluntad real de los contratantes y, en los eventos no específicamente regulados por las partes, dará aplicación a la normatividad mercantil y civil (expresamente invocada vía artículo 822) supletiva, en materia de contrato de arrendamiento/subarrendamiento y a la costumbre mercantil.

## 5. LOS CONTRATOS DE MANDATO PARA LA ADMINISTRACIÓN DEL INMUEBLE POR PARTE DEL SUBARRENDADOR – FUENTES Y LIMITACIONES DEL ENCARGO ENCOMENDADO

Ambas partes han reconocido a través de sus apoderados, tanto en la contestación de la demanda por parte de AVIANCA,<sup>8</sup> como en los alegatos de conclusión suscritos por ambas partes<sup>9</sup>, que por virtud de la cláusula 5.2.<sup>10</sup> de los contratos de subarrendamiento,

---

<sup>7</sup> Código Civil: “Artículo 1602. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

<sup>8</sup> Ver folios 138 a 148 del cuaderno principal.

<sup>9</sup> Por parte de OTCA en folios 17 a 21 del segundo cuaderno principal. Por parte de AVIANCA en folios 70 a 77 del segundo cuaderno principal.

<sup>10</sup> Se transcribe a continuación la cláusula correspondiente del contrato de subarrendamiento, que por cierto es idéntica en el contrato N° 56 celebrado entre OTCA y AVIANCA y en el contrato N° 5 celebrado entre OTCA y Tampa, según consta respectivamente en folios 7 y 171 a 172 del cuaderno de pruebas. “5.2. El subarrendatario, en su calidad de tenedor del Inmueble, asumirá el porcentaje que le corresponde de los costos y gastos de mantenimiento y administración de las áreas Comunes descritos en el Anexo 10, cuya administración corresponde al Subarrendador (“Estimado de Costos y Gastos”). Este porcentaje se fijará teniendo en cuenta el área del Inmueble en relación con el área total del inmueble objeto del Contrato de Arrendamiento que se encuentre en uso y operación, porcentaje que se ajustará anualmente teniendo en cuenta el promedio de metros cuadrados de ocupación en el año anterior. El Subarrendatario se hará cargo de los Gastos Operacionales Reembolsables mediante la entrega anticipada al Subarrendador de la suma fija mensual estimada por el Subarrendador para la atención de los costos y gastos que se detallan en el Anexo 10. Para el primer año calendario del Contrato, esta suma se fija en la cuantía mensual de cuatro mil pesos por metro cuadrado de área (\$4.000/M2). **Dentro de los primeros noventa (90) días de cada año calendario el subarrendador le presentará al subarrendatario un estado de cuenta pormenorizado de todas las erogaciones efectuadas en el año inmediatamente anterior, con los respectivos soportes.** Si se verifica que la suma entregada por el Subarrendatario al Subarrendador en el año inmediatamente anterior, es inferior al valor total de los costos y gastos que le corresponde asumir al Subarrendatario, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de recibo del estado de cuenta, este procederá a entregar la diferencia al Subarrendador.

Si por el contrario, se verifica que el Subarrendatario reconoció al Subarrendador una suma superior a la que le correspondía asumir, el Subarrendador acreditará el excedente a la suma que deba pagar el Subarrendatario, por este concepto, en el año calendario siguiente. Si se verifica que al finalizar el presente Contrato el Subarrendatario tiene un saldo a favor por haber reconocido al Subarrendador, en el año inmediatamente anterior, una suma superior a la que le correspondía según lo previsto previamente, el Subarrendador le devolverá el excedente al Subarrendatario dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de terminación del presente contrato. Todas las sumas que el subarrendatario deba cancelar al Subarrendador de conformidad con las Cláusulas 5.1 y 5.2 anteriores, deberán ser consignadas, mensualmente, de manera anticipada y dentro de los cinco (5) primeros días del mes en el Fideicomiso. Se expedirá la factura correspondiente para efectos

adicionalmente, se celebró entre el subarrendador y sus subarrendatarios (tanto en el contrato N° 56 como para el N° 5) un mandato mercantil, por medio del cual se encargó a OTCA, en su calidad de subarrendador que realizara, por cuenta de los subarrendatarios/mandantes, todas las tareas de gestión y administración de las áreas comunes del inmueble (nuevo terminal de carga del aeropuerto El Dorado).

Para la ejecución de dicho encargo, se dispuso la entrega de una suma de dinero mensual al mandatario a título de anticipo, por cada uno de los mandantes para que solventara las expensas comunes, que fueron denominadas como gastos operacionales reembolsables y, cuyo alcance, clasificación y tipología fue regulada en el Anexo 10 del contrato.<sup>11</sup>

---

*contables del Subarrendatario. Sin embargo, el Subarrendatario no podrá condicionar los pagos al recibo de la misma.” (Se resalta por fuera del texto original)*

<sup>11</sup> Ver folio 28 del cuaderno de pruebas:

**“Anexo 10: Estimado de Costos y Gastos**

**Expensas Reembolsables Incluidas:**

**Operación y Mantenimiento de Áreas Comunes:**

- Mantenimiento y suministros de iluminación
- Recarga e inspección de extinguidores
- Mantenimiento de jardines en las áreas exteriores
- Diseño y cuidado de plantas
- Suministros para recolección de basuras y reciclaje
- Filtros de agua para baños y dispensadores públicos de agua
- Recolección de basuras
- Mantenimientos de rutina de puertas y cerraduras
- Servicios de fumigación para exterminio de plagas
- Seguros sobre las zonas comunes
- Servicio de vigilancia
- Reparación, actualización y mantenimiento de elementos de seguridad
- Servicios de electricista y comunicaciones sobre áreas comunes
- Servicio de acueducto y alcantarillado
- Inspección y reparación de puertas y sistema de emergencia

**Mantenimiento y Reparación de Infraestructura Común:**

- Inspección y mantenimiento de elevadores
- Sistemas Eléctricos
- Generador de energía de respaldo
- Plomería
- Pinturas interior y exterior
- Aire acondicionado
- Alarma para incendios y su monitoreo
- Fire Sprinklers
- Reparación de pisos
- Sistemas hidráulicos
- Contrato de mantenimiento a demanda.

**Administración de Áreas Comunes:**

- Expensas de la oficina de administración en el sitio
- Expensas del personal de administración en sitio
- Compensación de la administración de la propiedad
- Primas de Seguro adquiridos por el Subarrendador”

El aporte o contribución a los gastos de manutención de las áreas comunes se hacía en función a un coeficiente de participación por cada subarrendatario, que se calculaba en función al cociente entre el número metros cuadrados subarrendados por cada subarrendatario sobre el total de metros cuadrados de extensión del nuevo terminal de carga del aeropuerto El Dorado.

Cada mes, el subarrendatario giraba un dinero a título de anticipo para atender los denominados gastos operacionales reembolsables y al finalizar cada año se hacía una revisión entre los dineros recibidos y los gastos efectivamente incurridos para la manutención de las zonas comunes del inmueble arrendado.

Igualmente, por virtud del mandato, el subarrendador/mandatario, adquiría el compromiso de rendir cuentas de su gestión al final de cada año calendario, debiendo para el efecto presentar individualmente a sus mandantes un detalle pormenorizado y soportado de los gastos realizados para la administración y manutención de las áreas comunes. Dicho reporte se debía entregar dentro de los primeros noventa días de cada año calendario.

En el evento en que el anticipo entregado por parte de los subarrendatarios hubiera sido insuficiente para atender los gastos totales incurridos para la manutención de las áreas comunes, los mandantes se obligaban a pagar el excedente que hiciere falta dentro de los 30 días siguientes, cada uno conforme su coeficiente de participación. En caso contrario, cuando el anticipo entregado hubiere sido superior a los gastos efectivamente incurridos, el subarrendador/mandatario se comprometía a devolver el excedente y/o a abonarlo a las sumas mensuales se recaudaría por concepto de anticipos de gastos operacionales reembolsables para el nuevo año calendario.

El presente mandato, sobre el cual existe discusión entre las partes, en relación a su alcance, las limitaciones del encargo conferido y la forma de rendición de cuentas, es un negocio jurídico mercantil, que se regula, en primera medida, por las estipulaciones válidamente establecidas por las partes (art. 4 C de Co.) y en lo no previsto por éstas, por las normas contenidas en el título XIII del Libro IV del Código de Comercio (artículos 1262 a 1286) que regulan el contrato mercantil. Únicamente en caso de vacíos o lagunas de la legislación mercantil, serán aplicadas las normas civiles referentes al contrato de mandato contenidas en el Título XXVIII del Libro IV del Código Civil.

## **6. INTERPRETACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICO - CONTRATOS DE ADHESIÓN**

La interpretación de los negocios jurídicos entre los particulares sin importar si los mismos son comerciales o civiles se realiza conforme los parámetros previstos en los artículos 1618 y siguientes del Código Civil, donde se da prevalencia a la intención y verdadero querer de

los contratantes, siendo este, más importante que el tenor literal de las palabras consignadas en el acto o negocio jurídico.<sup>12</sup>

Sin embargo, tratándose de contratos mercantiles deberán tenerse en cuenta adicionalmente para la interpretación de los negocios jurídicos, unos principios generales que son propios de la materia comercial. Al respecto, afirma el profesor Jaime Arrubla Pauca<sup>13</sup>:

*“Sin duda hay una remisión directa a la norma civil en materia de interpretación del contrato, y esa norma remitida se incorpora a la legislación mercantil adquiriendo el carácter de tal, es decir, de ley mercantil.*

*Pero sucede que también el Código de Comercio en su parte general e introductoria a las obligaciones mercantiles consagra unos principios generales como: el abuso de derecho, el enriquecimiento sin causa, la buena fe, etc., que tienen en su aplicación un papel interpretativo.”*

En materia de interpretación de contratos o negocios jurídicos, ha distinguido la doctrina patria e internacional, entre contratos de libre discusión y/o negociación y contratos de adhesión para obtener de ello ciertos efectos jurídicos relevantes. Al respecto señala Jorge Pinzón<sup>14</sup>:

*“Otra forma de protección del adherente surge de la aplicación que hace la jurisprudencia de los principios y reglas previstos en las normas legales de interpretación de los contratos, bien sean de carácter general o específicamente aplicables a la adhesión o a las condiciones generales, como es la regla que establece la preferencia de la norma no estandarizada respecto de la norma estándar en caso de conflicto entre las dos”.*

Refiriéndose a los contratos por adhesión y sin posibilidad de libre negociación ha indicado Ospina Fernández<sup>15</sup>, que:

*“(…) la ley, en parte alguna, exige que la formalidad del contrato sea la culminación de un proceso de discusión entre los agentes. Como dice Josserand, ni la igualdad económica, ni la igualdad verbal son condiciones necesarias para la validez de los contratos; basta con la igualdad jurídica. Por consiguiente, para que un acto jurídico productivo de obligaciones constituya contrato, es suficiente que dos o más personas concurren a su formación, y poco importa que, al hacerlo, una de ellas se limite a*

---

<sup>12</sup> Código Civil: ARTICULO 1618. PREVALENCIA DE LA INTENCION. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

<sup>13</sup> Arrubla Pauca, Jaime Alberto. La interpretación del contrato. Publicado en: Derecho de las obligaciones con propuesta de modernización. Tomo II. Temis y Universidad de los Andes. Segunda edición. 2016. Pág. 337.

<sup>14</sup> Al respecto puede consultarse Jorge Pinzón. Contratos de contenido predispuesto la adhesión y las condiciones generales de contratación. Publicado en: Derecho de las obligaciones con propuesta de modernización. Tomo II. Temis y Universidad de los Andes. Segunda edición. 2016. Pág. 104

<sup>15</sup> Página 69 del Libro del Teoría General del Contrato y del negocio jurídico. Séptima edición Temis. 2009.



*aceptar las condiciones impuestas por la otra; aún así, aquella ha contribuido a la celebración del contrato, puesto que voluntariamente lo ha aceptado, habiendo podido no hacerlo. (...)*

*Es claro que, si la adhesión de una parte a la voluntad de la otra basta para formar el contrato, todas las cláusulas de este se deben tener como queridas y aceptadas por el adherente. Lo que sí se justifica – atendiendo a los peligros que ofrece la naturaleza del contrato por adhesión, es que la ley misma, no el juez, se preocupe por evitar la inserción de cláusulas leoninas (...)*

*También se justifica que la ley establezca normas particulares para la interpretación de los contratos por adhesión, en forma tal que sus cláusulas dudosas sean interpretadas en favor del adherente, que es lo que a nosotros conduce el inciso 2° del artículo 1624 del Código Civil.”*

En el presente caso, conforme lo indicado en los testimonios (Martha Susana Mantilla Moncaleano<sup>16</sup>), lo manifestado en sus alegatos de conclusión por el apoderado de OTCA quien indicó que el texto de los contratos de subarrendamiento fue dispuesto por Opain,<sup>17</sup> lo inferido de la lectura de ambos contratos de subarrendamiento, cuyos textos son idénticos y, lo manifestado por el representante legal de OTCA al rendir su interrogatorio de parte,<sup>18</sup> no cabe duda que el texto de los presentes contratos de subarrendamiento fue impuesto por OTCA tanto a AVIANCA como a TAMPA.

Lo anterior, sin perjuicio, de que haya podido existir, por lo menos con AVIANCA, un dilatado proceso de encuentros y reuniones,<sup>19</sup> que no implicaron en estricto sentido libre negociación del negocio, en las que se discutió sobre el precio o canon de arrendamiento, en razón al importante incremento del mismo para AVIANCA, en comparación con lo que se venía pagando en el antiguo terminal<sup>20</sup>.

Es más, como se indica en los alegatos de conclusión del apoderado de la parte convocante muchas cláusulas incluidas en el contrato de subarrendamiento, fueron impuestas directamente por el contrato de concesión suscrito entre Aerocivil y Opain, posteriormente trasladadas por Opain a su arrendatario OTCA en su contrato de arrendamiento y, la postre, igualmente incluidas por este último, en los diferentes contratos de subarriendo que celebró con las diferentes aerolíneas de carga.

A pesar del notable mayor tamaño económico de AVIANCA sobre OTCA, no es dable sostener que existía pie de igualdad de condiciones para negociar, por cuanto OTCA tenía en su haber un derecho exclusivo sobre la tenencia de un bien inmueble único en la ciudad de Bogotá (Nuevo Terminal de Carga del Aeropuerto el Dorado) lo cual, le permitió, fijar condiciones de uso para las aerolíneas de transporte de carga que quisieran acceder al

---

<sup>16</sup> Ver folios 510 a 518 del cuaderno de pruebas

<sup>17</sup> Ver folios 1 a 34 del segundo cuaderno principal.

<sup>18</sup> Ver folio 493 del cuaderno de pruebas.

<sup>19</sup> Ver folios 4, 5, 30 y 31 cuaderno del segundo cuaderno principal

<sup>20</sup> Ver folio 55 del cuaderno de pruebas.

mercado. Así lo expresó Martha Susana Mantilla<sup>21</sup>, en su testimonio, en el que afirmó con razón que AVIANCA no tenía opción diferente a aceptar las condiciones propuesta por OTCA, porque de lo contrario no tendría acceso al principal aeropuerto de Colombia y principal aeropuerto de carga de América Latina.

Ahora bien, el hecho de que el presente contrato haya sido o no de adhesión, sólo será en principio relevante, en el evento que sea necesario interpretar alguna cláusula oscura, lo cual, deberá hacerse en contra de la parte que la redactó (principio contra proferente) consignado en el inciso 2 del artículo 1624 del C.C., o para determinar si se produjo algún abuso por parte de OTCA de su posición de dominio en el contrato, introduciendo alguna cláusula que pueda considerarse evidentemente abusiva o inequitativa en contra de los intereses de su contraparte. Todo ello con fundamento en los principios generales del derecho comercial, en especial con lo previsto en el artículo 830<sup>22</sup> y 871<sup>23</sup> del Código de Comercio, en los que se consigna la proscripción de abusar de derechos propios y un deber de celebrar y ejecutar los contratos comerciales de buena fe, lo cual implica de suyo, no incurrir en abusos frente a su contraparte contractual valiéndose de una posición privilegiada<sup>24</sup>.

Finalmente, considera el Tribunal, que así se trate de un contrato de adhesión el contrato de subarrendamiento que ocupa nuestro estudio, no es de recibo, bajo ninguna circunstancia la aplicación de las modernas teorías tendientes a propender por una defensa a ultranza del contratante aceptante, como si se tratara de una relación de consumo (Ley 1480 de 2011), dado que en el presente caso, así haya existido una posición de dominio por parte de OTCA sobre su contraparte contractual, no puede catalogarse que AVIANCA era un indefenso consumidor, lego en la materia, que requería por consiguiente una especial tutela estatal en la que cualquier estipulación contractual deba ser interpretada a su favor, simplemente por el hecho de haber adherido a ellas, como últimamente acontece en materia de derecho financiero, seguros y servicios públicos domiciliarios.

## **7. LOS ASUNTOS EN DISPUTA EN CUANTO AL CONTRATO DE MANDATO**

Son varios los aspectos del contrato de mandato mercantil que han sido cuestionados por las partes a lo largo del proceso y con especial ahínco en sus alegatos de conclusión. Dichas desavenencias se agruparán en tres numerales para su mejor intelección, así:

### **7.1. La naturaleza del mandato contenido en los contratos de subarrendamiento N° 5 y 56 suscritos por OTCA con TAMPA y AVIANCA respectivamente**

---

<sup>21</sup> Ver folios 515 y 516 del cuaderno de pruebas.

<sup>22</sup> Código de Comercio. “Artículo 830. El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.”

<sup>23</sup> Código de Comercio. “Artículo 871. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”

<sup>24</sup> Arrubla Op. Cit. Pág 347.

Pudieran existir dos formas de entender o de interpretar la naturaleza de este complejo contrato de mandato que nos ocupa. La primera de ellas pudiera ser, como lo hace el apoderado de OTCA<sup>25</sup>, considerándolo un único contrato de mandato, en el cual existe un mismo y único encargo realizado a un mandatario (OTCA) por parte de una pluralidad de mandantes (los diferentes subarrendatarios), que se comprometen en forma solidaria a cubrir las expensas requeridas para realizar las gestiones de administración y manutención de las zonas comunes del nuevo terminal de carga del aeropuerto El Dorado. Conforme dicha naturaleza de un único contrato de mandato, todas las decisiones que tomen los mandantes, en especial aquellas referentes a la objeción de las cuentas presentadas, deben hacerse en bloque y en forma unánime por todos ellos.

La segunda manera de entender el mandato, es considerarlo, al igual que los contratos de subarrendamiento, como múltiples negocios jurídicos autónomos, celebrados simplemente por un mismo sujeto, OTCA, y que versan o tienen relación con un mismo bien inmueble, ya fuere en lo que respecta a su uso o goce material o a su gestión de administración y manutención, que por cierto es la posición que adopta AVIANCA en sus alegatos de conclusión<sup>26</sup>.

En relación con pluralidad de sujetos intervinientes en un contrato de mandato, la doctrina nacional y la jurisprudencia, han tenido oportunidad de referirse a las particularidades que se presentan cuando existe una pluralidad de mandatarios, sin embargo, no lo han hecho, cuando lo que se presenta es pluralidad de mandantes y un único mandatario. De hecho, para el decir de algunos tratadistas, este último supuesto, es sencillo y no reviste ningún interés académico<sup>27</sup>.

De otra parte, en materia de derecho privado, para sociedades y en general para otros tipos de personas jurídicas, como las entidades sin ánimo de lucro, las propiedades horizontales,<sup>28</sup> realizan designación de administradores mediante decisiones que son tomadas por la mayoría simple de sus órganos colectivos, tales como, las juntas de socios, las asambleas de accionistas y, en el caso último, de las copropiedades la asamblea de copropietarios.

En el caso que nos ocupa, no existiendo ningún órgano o persona jurídica, no es dable aplicar por analogía las normas referentes ni a las sociedades, ni a las propiedades horizontales, menos aún, porque los subarrendatarios, carecen de derecho de dominio sobre el inmueble y, por ende, carecen de calidad de comuneros o copropietarios. Por consiguiente, no quedará más remedio que determinar si, efectivamente se trata de un

---

<sup>25</sup> Ver folio 14 y 18 del segundo cuaderno principal

<sup>26</sup> Ver folio 71 del segundo cuaderno principal

<sup>27</sup> Bonivento Fernández, José Alejandro. Los principales contratos civiles y su paralelo con los mercantiles. Tomo I. Ediciones del Profesional. Vigésima edición. 2017. *“En tratándose de pluralidad de mandantes, no ofrece ninguna complicación, por cuanto se entiende que el encargo no es conferido por una persona, sino por varias, simplemente opera un fenómeno de gestión a nombre de dos o más personas. Sin embargo, no tiene la misma sencillez al tratarse de una pluralidad de mandatarios; ya que ahí nos encontramos con diferentes situaciones...”* Pág. 619.

<sup>28</sup> Art. 4 Ley 675 de 2001

único mandato con múltiples mandantes o si, por el contrario, estamos en presencia de múltiples encargos individuales que versan sobre un mismo objeto.

Teniendo en cuenta la individualidad de cada relación jurídica, se considera que no se trata de un único contrato de mandato, puesto que no existió una manifestación conjunta y unísona de voluntades de parte de todos los subarrendatarios para concurrir en la formación de mismo y único acto jurídico. Lo que se presenta en el caso objeto de estudio, son múltiples relaciones individuales de mandato, en las cuales es claro, que se realiza un encargo, que no se constituye únicamente en interés del mandante, sino que también se confiere en interés de terceros (los otros subarrendatarios) y muy especialmente del mandatario, quien, en su condición de subarrendador, era el principal interesado en mantener en perfectas condiciones el bien que había tomado en arrendamiento de manos de Opain.

Como se analizará más adelante, tratándose de un mandato que no redundaba únicamente en interés del mandante, habrá ciertas particularidades, que deberán observarse en el caso que nos ocupa.

**7.2. El mandato sólo puede ser revocado en forma unánime por la totalidad de los mandantes y la gestión realizada por el mandatario sólo pueden ser controvertida por la colectividad de mandantes en forma unánime.**

Tal y como se expuso atrás, los diferentes contratos de mandato celebrados como complemento de cada contrato de subarrendamiento, entre el subarrendatario/ mandate y el subarrendador/ mandatario, se realizaron siempre en interés, no sólo del mandante, sino también del mandatario y de otros terceros, razón por lo cual, a las luces de la normatividad comercial colombiana, no podían ser revocados unilateralmente por parte de cada mandante.<sup>29</sup>

Siguiendo las palabras del profesor José Alejandro Bonivento:<sup>30</sup>

*“Vale la pena resaltar cómo el artículo 1279 conviene en el pacto de irrevocabilidad del mandato, al establecer: “El mandante podrá revocar total o parcialmente el mandato, a menos que se haya pactado la irrevocabilidad o que el mandato se haya conferido también en interés del mandatario o de un tercero, en cuyo caso sólo podrá revocarse por justa causa.” La revocación abusiva, al tenor del artículo 1280, obliga al mandante al pago total de la remuneración y a la indemnización de perjuicios. De la misma manera, el mandato es irrenunciable cuando ha sido pactado en interés del mandante o de un tercero. Solamente por justa causa puede ponerle fin el mandatario al mandato, so pena de indemnizar los perjuicios que al mandante o al tercero ocasiones la renuncia abusiva. La revocación del mandato deberá ser puesta en conocimiento de terceros, por medios idóneos En su defecto, les serán inoponibles,*

---

<sup>29</sup> Código de Comercio. Art. 1279 “

<sup>30</sup> Bonivento. Op. Cit. Pág. 643.

*salvo que se pruebe que dichos terceros conocían la revocación en el momento de perfeccionarse el negocio (artículo 843 del Código de Comercio)*

Conforme lo indicado atrás resulta incuestionable que los presentes contratos de mandatos serían en principio irrevocables, pero no por ser un único contrato de mandato con múltiples mandantes, sino simplemente porque se tratan de un contrato de mandato celebrado no sólo en interés del mandante, sino también del mandatario y de terceros, todos ellos legítimamente implicados en la manutención y protección de un mismo bien inmueble, el nuevo terminal de carga del aeropuerto El Dorado.

A pesar de este propósito conjunto de administración y preservación de un mismo bien inmueble y del hecho de que el mandatario sea el mismo sujeto (OTCA), no cabe duda que se trata contratos de mandato individuales e independientes entre sí. El hecho, de que el estado de cuentas se envíe en forma individual para cada uno de los subarrendatarios/mandantes y, que ninguno de ellos, deba responder por los incumplimientos de los otros subarrendatarios, es una muestra patente de dicha independencia funcional de los diferentes contratos de mandato.

Por ejemplo, ante el impago del canon de arrendamiento y de los gastos operacionales reembolsables por parte de algún subarrendatario, no estarían los demás, obligados a responder por el importe no pagado por éste. Así mismo, existe solidaridad entre los distintos subarrendatarios/mandantes dado que ninguno de ellos estaría obligado a responder hasta por el 100% de la obligación de satisfacer los gastos operacionales reembolsables, sino que, cada uno, en forma conjunta o mancomunada, es responsable por el satisfacer su fracción.

El hecho de que haya múltiples contratos de mandato hace que sea absolutamente posible para cualquier mandante cuestionar individualmente las gestiones realizadas por el mandatario y reclamar a este los perjuicios que a bien considere le hubiera podido causar, en caso de que se hubieren excedido los límites del encargo o se hubieren afectado los intereses patrimoniales del mandante, sin que a la sazón fuese necesario que se involucren o participen de consuno la totalidad de los subarrendatarios, pues cada quien es autónomo de renunciar o perseguir sus intereses patrimoniales personales.

De hecho, ni siquiera en esquemas de entes colegiados en los que prima la voluntad de las mayorías, como pudiera ser el máximo órgano societario o asambleas de copropietarios, se le priva a cada socio la posibilidad de cuestionar la gestión de los administradores sociales y proceder a exigir la indemnización de perjuicios que le hubieren podido causar mediante el ejercicio de una acción individual de responsabilidad, cuando considere que la gestión de su mandatario no ha sido adecuada.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> Es claro al respecto el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 que establece que el ejercicio o desistimiento de la acción social de responsabilidad, no es óbice para el ejercicio de acciones individuales en cabeza de socios o terceros, contra los administradores de la sociedad. *“La acción social de responsabilidad contra los administradores corresponde a la compañía, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios, que podrá ser adoptada, aunque no conste en el orden del día. (...) Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de los derechos individuales que correspondan a los socios y a terceros.”*

### **7.3. El silencio por parte del mandatario frente al estado de cuenta remitido**

Dice algún sector de la doctrina que, en materia mercantil, no está previsto el deber de rendición de cuentas por parte del mandatario a sus mandantes razón por lo cual debe acudir a la legislación civil del mandato.<sup>32</sup> Sin embargo, el texto del artículo 1268 parecería entenderse algo diferente a la premisa doctrinal, en la medida en que se indica que, salvo pacto expreso en contrario, *“El mandatario deberá informar al mandante de la marcha del negocio; rendirle cuenta detallada y justificada de la gestión y entregarle todo lo que haya recibido por causa del mandato, dentro de los tres días siguientes a la terminación del mismo”*.

En relación con la rendición de cuentas por parte del mandatario al mandante ha indicado la Corte Suprema de Justicia en su Sala Civil:<sup>33</sup>

*“...con sustento en el último inciso del citado artículo 2181, la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que el mandante puede reclamar lo que el mandatario le adeude como consecuencia del ejercicio del mandato, promoviendo el correspondiente proceso, sin que sea requisito insoslayable el trámite previo de un juicio de rendición de cuentas.*

*En efecto ha expresado la Corte que: “Entre las obligaciones del mandatario está la de rendir a su mandante cuenta documentada de su gestión. La relevación de rendirlas, no exonera al mandatario de los cargos que contra el justifique el mandante.*

*De esta disposición se deduce claramente que no es requisito indispensable para poder exigir el pago de lo que el gestor adeude como consecuencia del ejercicio de un mandato, la rendición o discusión previa de cuentas.”*

De la cita jurisprudencial, puede concluirse que la rendición de cuentas, aunque si bien es importante, no resulta indispensable en tratándose del mandato, dado que nada impide que, a pesar de la no presentación voluntaria de las mismas, pueda el mandante judicialmente exigir a su mandatario las resultas de su encargo. Así mismo, el hecho de que el mandante releve al mandatario de su deber de rendir cuentas, tampoco exime de responsabilidad a este último, pudiendo por lo menos en materia civil, el mandante cuestionar en cualquier momento la gestión realizada por su mandatario.

---

<sup>32</sup> ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto: Contratos Mercantiles. Contratos Típicos. “El mandatario actúa por cuenta ajena y por ende está obligado a rendir cuentas a su mandante de la gestión cumplida. La ley mercantil no hace referencia a esta obligación, pero por remisión directa al artículo 822 aplicamos el mismo principio civil. Pág. 210

<sup>33</sup> Sentencia sustitutiva 059 del 16 de octubre de 1997. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.



Se indica que ello aplica en materia civil por cuanto el Código de Comercio contiene una norma especial, el artículo 1270<sup>34</sup>, el cual no ha sido estudiado por la jurisprudencia. De una la lectura del mismo, pudiera entenderse que el silencio del mandante tras la rendición de cuentas de su mandatario exime a este último de toda responsabilidad, incluso si el mandatario, se hubiere separado de sus instrucciones o excedido el límite de sus facultades.

Conforme afirma, el apoderado de OTCA en su escrito de alegatos, por virtud de lo dispuesto en el artículo 1270, el silencio del mandante hace que las cuentas rendidas por el mandatario se entiendan aprobadas y, que no sea, por consiguiente, posible cuestionar la gestión realizada por el mandatario, cuando pasado un término prudencial, que estima en un plazo de treinta días, en razón a que es el mismo plazo que contaba para realizar el pago del excedente de gastos operacionales reembolsables, el mandante guarde silencio sobre el reporte presentado.

El mencionado artículo 1270, tampoco ha sido profundamente analizado por la doctrina. Por ejemplo, José Alejandro Bonivento se limita a indicar que se trata de una norma especial del Código de Comercio diferente a las establecidas por el Código Civil sin hacer ningún comentario sobre el alcance del texto.<sup>35</sup>

Por su parte, Juan Pablo Cárdenas<sup>36</sup> indica que los artículos 1267, 1269 y 1270 del Código de Comercio deben interpretarse armónicamente y se refieren a eventos en los cuales se producen hechos sobrevinientes desconocidos por el mandante que deben ser debidamente comunicados a este para que dé nuevas instrucciones a su mandatario. De tal suerte, el artículo 1270 más que una simple norma aislada que permite la aceptación o aprobación de cuentas por el silencio del mandante cuando le fuere comunicada la ejecución del encargo, cumple plenos efectos, en aquellos eventos en los cuales después de ser comunicada las circunstancias sobrevinientes que puedan dar lugar a la revocación del mandato o a su modificación, el mandante guarda silencio y habilita por consiguiente al mandatario para actuar según su buen criterio, así ello implique apartarse de sus precisas instrucciones iniciales o exceder el límite de sus facultades.

Similar interpretación realiza sobre los mismos artículos Sergio Rodríguez Azuero:<sup>37</sup>

*“Sin embargo, cuando resulte imposible poner en conocimiento del mandante las nuevas circunstancias o en caso de urgencia que imponga al mandatario la necesidad de actuar, so pena de producir graves perjuicios para el mandante o, por último, si está facultado para actuar a su arbitrio, el mandatario podrá hacerlo en*

---

<sup>34</sup> Código de Comercio: Artículo 1270 “Si el mandante no respondiere a la comunicación del mandatario en un término prudencial, su silencio equivaldrá a aprobación, aunque el mandatario se haya separado de sus instrucciones o excedido el límite de sus facultades.”

<sup>35</sup> Bonivento. Op. Cit. Pág. 642.

<sup>36</sup> Cárdenas Mejía, Juan Pablo. El mandato y la representación. Artículo publicado en: Los Contratos en el Derecho Privado. Legis – Universidad del Rosario. Segunda reimpresión. 2009. Pág. 525 y ss.

<sup>37</sup> Rodríguez Azuero, Sergio. Contratos Bancarios. Su significación en América Latina. Legis. Sexta Edición. Segunda reimpresión. 2013. Pág. 723 y 724.

*forma diligente, siguiendo sanos principios de lógica y de manera que pudiera suponerse, en términos razonables, que el mandante hubiese impartido su aprobación. Puede ser uno de los casos más interesantes de un ejemplo en el cual la ley asigne efectos vinculantes al silencio de una parte, en este caso el mandante”.*

Finalmente, Néstor Humberto Martínez Neira<sup>38</sup>, indica en relación sobre dicho tándem de artículos del Código de Comercio comentados atrás que:

*“Empero, la posibilidad de que el mandato se ejecute en términos que no fueran inicialmente concebidos jamás permitirá que el mismo autorice al mandatario a ejecutar actos que fueran perniciosos o que le causen perjuicio al mandante, de manera manifiesta. Es contrario a cualquier mandato confiar un negocio para hacerse daño a sí mismo. Por ende, se hace imposible ejecutar un mandato que cause perjuicio al mandante. en lo que respecta a circunstancias sobrevinientes durante la ejecución del mandato y menciona que no obstante el silencio del mandatario el propósito del mandato nunca puede ser pernicioso de los intereses del mandante.”*

De la opinión trascrita de los anteriores tratadistas y de una interpretación conjunta y sistemática<sup>39</sup> de los artículos 1267 a 1270 del Código de Comercio, es meridianamente claro, que el silencio del mandante frente a una comunicación por parte de su mandatario señalando que ejecutó su encargo, no puede convertirse en una patente de corso para que este último, simplemente desconozca los límites de sus facultades y, de paso, quede totalmente exento de cualquier tipo de responsabilidad civil. Menos aún, en un contrato como el mandato en el cual el nivel de responsabilidad exigido al mandatario es superior que en cualquier otro tipo de negocio jurídico, pues es bien sabido que incluso en un contrato de mandato sin remuneración, es decir un contrato gratuito, el mandatario responderá hasta por la culpa leve<sup>40</sup> y, no únicamente, hasta por la culpa grave o lata como lo haría cualquier otro contratante, que no tiene interés en el negocio jurídico conforme lo previsto en el artículo 1604 del Código Civil<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> Martínez Neira, Néstor Humberto. Cátedra de Derecho Contractual Societario. Segunda Edición. Pág. 186. Legis. 2014.

<sup>39</sup> Al respecto deben tenerse en presentes dos artículos del Código Civil, en primera medida el artículo donde se permite desatender el tener literal de una norma para consultar su espíritu cuando la misma contenga pasajes oscuros. “Artículo 27. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”. Adicionalmente el artículo 30 que permite hacer una interpretación por contexto o sistémica de las normas, en especial de aquellas contenidas en un mismo código “Artículo 30. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”.

<sup>40</sup> Código Civil. “Artículo 2155. El mandatario responde **hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo. Esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado.** Por el contrario, si el mandatario ha manifestado repugnancia al encargo, y se ha visto en cierto modo forzado a aceptarlo, cediendo a las instancias del mandante, será menos estricta la responsabilidad que sobre él recaiga.” Se resalta por fuera del texto original.

<sup>41</sup> Código Civil. “Artículo 1604. El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio

De hecho, incluso la aprobación de las cuentas rendidas por parte del mandante no es un medio eximente de responsabilidad del mandatario, es claro en materia de derecho societario y administración de sociedades que los socios podrían exigir la indemnización de los perjuicios causados por los administradores, así hayan aprobado en asamblea de accionistas el informe anual de gestión presentado por el administrador<sup>42</sup>.

Así las cosas, en criterio de este Tribunal el artículo 1270 del Código de Comercio sólo tiene relevancia en caso de circunstancias sobrevinientes que modifiquen las condiciones del encargo encomendado al mandatario y que, ante el silencio del mandante, permite igual al mandatario actuar persiguiendo los fines de su encargo, así deban extralimitarse en sus facultades o separarse de las instrucciones originalmente impartidas, pero bajo la premisa fundamental de no causar daño a su mandante, dado que como se ha podido observar el mandato no puede ser bajo ninguna circunstancia pernicioso de los intereses del mandante<sup>43</sup>.

De producirse algún perjuicio al mandante por el obrar del mandatario, el mismo no quedará exento por el simple silencio del mandante, pudiendo, por consiguiente, el mandante exigir la correspondiente indemnización en caso de que el mandatario hubiere incurrido en culpa leve, pues como ha sido atrás mencionado el resultado del mandato nunca puede ser pernicioso para el mandante.

Por último, en referencia al caso que objeto de nuestro estudio, es igualmente importante poner de presente que, para que se hubieran entendido rendidas las cuentas y, en gracia de discusión se pudiera entender como aprobada la gestión del mandatario, (sin perjuicio de las salvedades que se han dejado sentadas en torno al recto entender del artículo 1270) era necesario que el mandatario hubiere rendido sus cuentas, con sujeción a los requisitos y términos indicados en el contrato, en el cual, según la cláusula 5.2. era meridianamente

---

*recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega. Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes."*

<sup>42</sup> Al respecto indica el artículo 45 de la Ley 222 de 1995: "ARTICULO 45. RENDICION DE CUENTAS. Los administradores deberán rendir cuentas comprobadas de su gestión al final de cada ejercicio, dentro del mes siguiente a la fecha en la cual se retiren de su cargo y cuando se las exija el órgano que sea competente para ello. Para tal efecto presentarán los estados financieros que fueren pertinentes, junto con un informe de gestión. La aprobación de las cuentas no exonerará de responsabilidad a los administradores, representantes legales, contadores públicos, empleados, asesores o revisores fiscales."

<sup>43</sup> Al respecto se puede consultar el Código Civil. "Artículo 2173. En general, podrá el mandatario aprovecharse de las circunstancias para realizar su encargo con mayor beneficio o menor gravamen que los designados por el mandante, con tal que bajo otros respectos no se aparte de los términos del mandato. Se le prohíbe apropiarse lo que exceda al beneficio o minore el gravamen designado en el mandato. Por el contrario, si negociare con menos beneficio o más gravamen que los designados en el mandato, le será imputable la diferencia". Y también el "Artículo 2175. El mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución sería manifiestamente pernicioso al mandante."

claro que el reporte de la gestión por parte del mandatario debía hacer en forma pormenorizada, es decir detallada y acompañada de los respectivos soportes.

De la revisión del cuaderno de pruebas (folios 88 a 98) se encuentra que los estados de cuenta remitidos por OTCA no cumplían con ninguna de las anteriores características, dado que ni eran pormenorizados (de hecho solo tenían valores agregados, sin ningún detalle o discriminación de los gastos incurridos) y tampoco tenían ningún soporte que los acompañara, como hubieran sido copia de los contratos celebrados o copia de las facturas mediante las cuales los proveedores contratados cobraban sus servicios.

Siendo meridianamente claro que es factible que AVIANCA cuestione individualmente la gestión realizada por OTCA por los argumentos indicados atrás, es necesario analizar más adelante si los reparos efectuados por AVIANCA a las gestiones realizadas por OTCA en la demanda de reconvención son de recibo.

## **8. LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO ARBITRAL**

El doctrinante Hernán Fabio López Blanco, en referencia al Código de Procedimiento Civil, que contenía en su artículo 177<sup>44</sup> un precepto básicamente idéntico al reproducido ahora en el inciso primero del artículo 167, indica lo siguiente en relación con la carga de la prueba:

*“Parte del supuesto de que son los sujetos de derecho que intervienen en el proceso sobre los que gravita fundamentalmente el deber de procurar que las pruebas se practiquen o aporten y es por eso que a su iniciativa para solicitarlas e intereses para llevarlas a efecto se atiende de manera primordial.*

*A no dudarlo constituye una regla de máxima importancia en el sistema procesal civil colombiano pues el inciso primero del artículo 177 la acoge al señalar: “Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.*

*Si bien el efecto de dicha regla se ha pretendido atemperar al acogerse también la contraria o sea la de la oficiosidad en el decreto y práctica de las pruebas, prevista en el art. 180 del C. de P.C., es lo cierto que prevalece la primera pues nadie mejor que los interesados para conocer los medios de prueba que deben emplear con el fin de demostrar los hechos en que fundamentan sus pretensiones o excepciones.*

*El concepto de carga de la prueba es central para entender el porqué de ciertas decisiones judiciales, pues en aquellos eventos donde la ausencia de pruebas se presenta, no puede el juez abstenerse de decidir y es así como se impone un fallo en contra de quien tenía la carga de la prueba.”<sup>45</sup>*

---

<sup>44</sup> Código de Procedimiento Civil. “Art. 177.- Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.”

<sup>45</sup> López Blanco Hernán Fabio, *Procedimiento Civil: Pruebas*, Editorial Dupré Editores, Bogotá D.C. Colombia, 2001.

El principio general probatorio expuesto, impone a las partes una importante carga procesal, consistente en que quien pretende el efecto jurídico de una norma debe acreditar el supuesto fáctico en ella previsto, (*onus probandi incumbit actoris*) por ende, en caso de no hacerlo, deben asumir las correlativas consecuencias negativas de la inobservancia de su carga.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en relación con el postulado del *onus probandi* ha señalado lo siguiente:

*“En las controversias judiciales, por regla general, cada una de las partes acude al juez con su propia versión de los hechos, esto es, que presenta enunciados descriptivos o proposiciones fácticas a partir de las cuales pretende generar un grado de convencimiento tal, que sea suficiente para que se emita un pronunciamiento favorable al ruego que se eleva ante la jurisdicción. Dicho de otro modo, en el punto de partida de toda controversia procesal, cada uno de los extremos del litigio intenta convencer al juez de que las descripciones que presenta coinciden con la realidad y, a partir de aquéllas, justamente, propicia el litigio.*

*De esa manera, cuando hay una genuina contención, el sistema exige que cada uno de los contendientes correlativamente contribuya a que el juez supere el estado de ignorancia en el que se halla respecto de los hechos debatidos, tarea que por lo general concierne al demandante respecto de sus pretensiones, y al demandado respecto de las excepciones.*

*Desde luego, al juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficio del discurso persuasivo que presentan; por ende, la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera oportuna y conforme a las ritualidades del caso, los elementos probatorios destinados a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron, o que son del modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan”.*<sup>46</sup> (Se resalta fuera del texto original.)

En un proceso de tipo declarativo, como es el arbitral que nos ocupa, corresponde al convocante y al demandante en reconvención demostrar los hechos que sirven de fundamento a sus pretensiones, dado que el juez, a diferencia de lo que acontece en un proceso ejecutivo, parte de la incertidumbre, del desconocimiento de los hechos, de manera que es a través de las pruebas practicadas y aportadas en el curso del proceso como debe llegar a la verdad con el ánimo de proferir sentencia.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de mayo de 2010. Exp. 23001-31-10-002-1998-00467-01.M.P. Edgardo Villamil Portilla.

<sup>47</sup> López Blanco, Hernán Fabio. Procedimiento Civil, Parte Especial. Tomo II. Dupré Editores, Bogotá. 2004. Pág. 43

De tal suerte, en los procesos de tipo declarativo, la carga probatoria, o sea, el deber de acreditar los hechos que dan sustento a las pretensiones, es de responsabilidad exclusiva del demandante principal y del demandante en reconvención, pues son ellos, quienes afirman y, por supuesto, en quienes gravita el interés, tanto jurídico, como económico, de que se le reconozcan las pretensiones formuladas.

En tal sentido, es especialmente enfático el Código General del Proceso, que en el primer inciso del artículo 167 dispone expresamente lo siguiente: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”* De tal suerte, si el demandante principal o en reconvención pretende obtener de parte del juez una condena en el curso de un proceso arbitral deberá probar el sustento fáctico de sus derechos, conforme la consagración legal del principio del *“onus probandi”* al que ya se hizo referencia líneas atrás.

Tal principio procesal, coincide con un mandato sustancial contenido en el artículo 1757 del Código Civil, por virtud del cual la prueba de la existencia de las obligaciones le incumbe probarla a quien las alega y pretenda su declaración y posterior ejecución.

Si en un proceso declarativo, el acervo probatorio obtenido no es suficiente para confirmar el sustento fáctico de las pretensiones del demandante principal o del demandante en reconvención, el juez no tendrá alternativa diferente que despachar negativamente las peticiones del mismo, pues éste habrá fallado en su deber de satisfacer la carga probatoria que la ley le impone.

Cuando la parte convocada o reconvénida formula una excepción dentro de un proceso declarativo, puede cumplir su carga no sólo solicitando o aportando nuevas pruebas que rebatan específicamente dicho hecho, sino también cuestionando las pruebas aportadas, para indicar que son insuficientes y con ello acreditar que la parte demandante no ha cumplido con su carga de demostrar la titularidad de un derecho que reclama y, del cual no se tiene certeza, por cuanto no existe ningún título ejecutivo en el cual figure la existencia de dicha obligación.

Lo anterior, dado que la carga probatoria en cabeza de la parte convocada o reconvénida es meramente residual en un proceso declarativo y/o cognoscitivo y, sólo tendrá razón de ser, en la medida en que la parte demandante principal o en reconvención haya logrado acreditar la existencia de los hechos bajo los cuales sustenta sus pretensiones. La carga probatoria en cabeza de la parte demandada sería muy diferente, si nos encontráramos en presencia de un proceso de ejecución, en el cual se hubiera dado por sentada la existencia y titularidad del crédito perseguido por el demandante a menos que el demandado hubiera desvirtuado la existencia o validez de dicho título ejecutivo.

## **9. LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA**

Es fundamental para la decisión que se tomará en el presente laudo arbitral, establecer si existe legitimación en la causa por activa de las partes para elevar ante el presente Tribunal las pretensiones de la demanda y de la reconvención, esto es si en cada caso particular



son titulares de la relación jurídica sustancial que se debate y pueden reclamar los derechos que supuestamente les asisten. Así mismo, debe establecerse si las partes están legitimadas en la causa por pasiva, en sus condiciones de convocada y convocada en reconvencción, esto es, si son las llamadas a responder frente a las pretensiones que se les enrostra.

Lo anterior es importante, en tanto se trata de un requisito necesario para poder acceder a las pretensiones solicitadas, en tal medida procederá el Tribunal a realizar una breve conceptualización sobre la legitimación en la causa por activa y por pasiva, tomando en consideración algunos planteamientos jurisprudenciales-sobre la materia, para luego entrar a analizar en cada caso concreto si se cumplen tales presupuestos.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente en relación con la legitimación en la causa por pasiva y por activa:

*“En todo proceso el juzgador, al enfrentarse al dictado de la sentencia, primeramente, deberá analizar el aspecto relacionado con la legitimación para obrar, esto es, despejar si el demandante presenta la calidad con que dice obrar y si el demandando, conforme con la ley sustancial, es el llamado a enfrentar y responder eventualmente por lo que se le enrostra. En cuanto a lo primero, se habla de legitimación por activa y en cuanto a lo segundo, se denomina legitimación por pasiva”<sup>48</sup>.*

De conformidad con lo expuesto, en toda relación procesal, le corresponde al juzgador establecer la legitimación que les asiste a las partes. Este fenómeno consiste entonces en el interés que tiene el extremo activo en pedir las súplicas de la demanda, debido a que es el titular del derecho que se discute, y al mismo tiempo la circunstancia de ser el extremo pasivo la persona o ente que debe responder al pago del derecho o de la obligación que se alega.

Aunado a lo anterior, es importante recordar que la Corte Suprema de Justicia tiene sentada la siguiente jurisprudencia en relación con el tema objeto de análisis:

*“La legitimación en la causa, o sea, el interés directo, legítimo y actual del “titular de una determinada relación jurídica o estado jurídico” (U. Rocco, Tratado de derecho procesal civil, T. I, Parte general, 2ª reimpresión, Temis-Depalma, Bogotá, Buenos Aires, 1983, pp. 360), tiene sentado la reiterada jurisprudencia de la Sala, “es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, por cuanto alude a la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste” (Cas. Civ. sentencia de 14 de agosto de 1995 exp. 4268), en tanto, “según concepto de Chiovenda, acogido por la Corte, la ‘legitimatío ad causam’ consiste en la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación*

---

<sup>48</sup> Consejo de Estado. Sentencia de 13 de febrero de 1996, exp. 11.213. En sentencia de 28 de enero de 1994, exp. 7091.

*pasiva). (Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 185)” (CXXXVIII, 364/65), por lo cual, “el juzgador debe verificar la legitimatio ad causam con independencia de la actividad de las partes y sujetos procesales al constituir una exigencia de la sentencia estimatoria o desestimatoria, según quien pretende y frente a quien se reclama el derecho sea o no su titular” (Cas. Civ. sentencia de 1° de julio de 2008, [SC-061-2008], exp. 11001-3103-033-2001-06291-01).”<sup>49</sup>*

Con fundamento en lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, la legitimación en la causa, se enmarca en el derecho sustancial pues se relaciona directamente a la pretensión de la acción, siendo necesario verificar que la misma se promueva por quien es titular del derecho y en contra de quien de acuerdo con la ley está obligado a responder.

Ahora bien, es preciso señalar que la jurisprudencia del Consejo de Estado, tiene planteado que existen dos clases de legitimación en la causa, una de tipo procesal que corresponde a la legitimación en la causa de hecho y otra de carácter eminentemente sustancial nominada legitimación en la causa material, en relación con las cuales se han efectuado las consideraciones que paso a exponer dada su relevancia en el presente asunto:

*“En cuanto a **la legitimación en la causa**, es preciso determinar que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corporación, existen dos clases: la de hecho y la material. La primera hace referencia a la circunstancia de obrar dentro del proceso en calidad de demandante o demandado, una vez se ha iniciado el mismo en ejercicio del derecho de acción y en virtud de la correspondiente pretensión procesal, mientras que la segunda da cuenta de la participación o vínculo que tienen las personas -siendo o no partes del proceso-, con el acaecimiento de los hechos que originaron la formulación de la demanda. En este sentido, no siempre quien se encuentra legitimado de hecho tiene que estarlo materialmente, en consideración a que, si bien puede integrar una de las partes de la litis, ello no implica que frente a la ley tenga un interés jurídico sustancial en cuanto al conflicto. Al respecto, se ha establecido:*

*Así pues, toda vez que la legitimación en la causa de hecho alude a la relación procesal existente entre demandante —legitimado en la causa de hecho por activa— y demandado —legitimado en la causa de hecho por pasiva— y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma a quien asumirá la posición de demandado, dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño.*

*De ahí que un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando a pesar de ser parte dentro del proceso no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo, por*

---

<sup>49</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 14 de octubre de 2010, exp. 2001-00855-01. M.P. William Namén Vargas

*no tener conexión con los hechos que motivaron el litigio, evento éste en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores.*

*Cabe destacar igualmente que la ausencia de legitimación en la causa no inhibe al juzgador para pronunciarse de mérito, en consideración a que ésta es un elemento de la pretensión y no de la acción, motivo por el cual, no se relaciona con un aspecto procesal sino sustancial del litigio. De esta manera, cuando no se encuentra acreditada la legitimación material en la causa de alguna de las partes procesales, el juzgador deberá denegar las pretensiones elevadas en la demanda puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados.”<sup>50</sup>*

En consecuencia, para este Tribunal es claro que OTCA y AVIANCA cuentan en el presente caso con legitimación en la causa de hecho en los precisos términos en que se define esta institución por el Consejo de Estado y en tal virtud actuaron a lo largo del proceso arbitral en calidad de convocante y convocada en reconvención y convocada y convocante en reconvención, respectivamente. De otro lado, por ser un aspecto que debe analizarse en el laudo arbitral, a continuación, se procederá a analizar desde el punto de vista sustancial, la efectiva legitimación en la causa material de las partes en el presente caso.

#### **9.1. Legitimación en la causa por activa de OTCA S.A.S. en Liquidación en relación con la demanda principal.**

En este numeral se analizarán varios aspectos, para determinar si efectivamente cuenta OTCA con legitimación en la causa por activa, tomando en consideración la excepción propuesta por AVIANCA para oponerse a las pretensiones de la demanda, así:

##### **9.1.1. Cesión de los Derechos patrimoniales por parte de OTCA S.A.S. al Fideicomiso P.A. OTCA**

Conforme se relata en los hechos de la demanda y se acredita con las pruebas documentales aportadas al proceso, el día 3 de febrero de 2012 se celebró contrato N° 3912 de fiducia mercantil irrevocable de administración, fuente de pago y pagos, entre Fiduciaria Bancolombia S.A. Sociedad Fiduciaria y en calidad de fideicomitentes OTCA y el Fondo de Capital Privado Tribeca Terminal de Carga el Dorado.

Conforme se señala en la consideración quinta<sup>51</sup> del contrato de fiducia mercantil mencionado, se creaba un patrimonio autónomo, que tenía por misión recaudar todos los

---

<sup>50</sup> Consejo de Estado Sección Tercera: Sentencia de fecha 27 de marzo de 2014, exp. 25000-23-26-000-1999-00802-01(28204), M.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH.

<sup>51</sup> “QUINTA. - Que el FIDEICOMITENTE OTCA con el fin de recaudar la totalidad de sus ingresos y llevar a cabo los pagos a que está obligado bajo el CONTRATO DE ARRENDAMIENTO y el ACUERDO DE FINANCIAMIENTO se comprometió a celebrar un contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración, fuente de pagos y pagos con una sociedad fiduciaria constituida de conformidad con las leyes de la Republica

ingresos derivados de los contratos de subarrendamiento que sobre el nuevo terminal de carga celebrara OTCA en su condición de subarrendador y de paso, servir también como garantía y fuente de pago de las obligaciones de OTCA frente a sus proveedores, sus inversionistas y OPAIN.

Dentro del texto del contrato en mención en la consideración sexta<sup>52</sup>, el numeral 13 de la cláusula primera (definiciones),<sup>53</sup> el numeral 5.2. de la cláusula quinta<sup>54</sup>, se hace expresa mención a la cesión por parte de OTCA de los derechos, privilegios y beneficios de carácter económico derivados de los distintos contratos de subarrendamiento al Fideicomiso P.A. OTCA.

En adición a lo consignado por las partes en el contrato de fiducia mercantil, debe señalarse que la propia parte convocante en los hechos de la demanda confiesa dicha situación, cuando señala en el numeral 4 del acápite de hechos lo siguiente:

*“Por razón de la Cláusula 5.3. del Contrato de Subarriendo, los derechos económicos derivados del contrato fueron cedidos al Fideicomiso OTCA, Fideicomiso conformado mediante Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable celebrado el día 3 de febrero de*

---

de Colombia, con el propósito de crear un patrimonio autónomo que (i) recaude la totalidad de sus ingresos, y (ii) sirva de garantía y fuente de pago de las obligaciones del FIDEICOMITENTE OTCA con: a) OPAIN S.A. en relación con el derecho a recibir los pagos que se deriven del CONTRATO DE ARRENDAMIENTO y b) con el FONDO, en relación con el derecho a recibir los pagos que se deriven del ACUERDO DE FINANCIAMIENTO.” Ver folio 33 del cuaderno de pruebas.

<sup>52</sup> “**SEXTA.**- Que el FIDEICOMITENTE OTCA procede a constituir el fideicomiso que por este documento se reglamenta a efectos de instrumentar la fuente de pago de las obligaciones adquiridas por el mismo para con OPAIN S.A. y el FONDO en virtud del CONTRATO DE ARRENDAMIENTO y del ACUERDO DE FINANCIAMIENTO citados en las consideraciones precedentes, para lo cual el FIDEICOMITENTE OTCA empleará los recursos derivados de los contratos de subarrendamiento que sobre los espacios de carga y los espacios comerciales celebre en virtud de la facultad que le fue conferida en el CONTRATO DE ARRENDAMIENTO (en adelante los CONTRATOS DE SUBARRIENDO), para cuyos efectos con la suscripción del presente contrato fiduciario cederá al fideicomiso que por el mismo se reglamenta los derechos, privilegios y beneficios de carácter económico que se deriven de los CONTRATOS DE SUBARRIENDO conforme al procedimiento establecido en este documento” Ver folio 33 del cuaderno de pruebas.

<sup>53</sup> En el numeral 13 de la Cláusula Primera (Definiciones) del contrato de fiducia, se define “DERECHO A RECIBIR LOS INGRESOS DEL FIDEICOMITENTE OTCA” en los siguientes términos: “Corresponde a los derechos, privilegios y beneficios de orden económico a favor del FIDEICOMITENTE OTCA que se derivan de los CONTRATOS DE SUBARRIENDO y que constituyen la totalidad de su ingreso, los cuales están materializados en los pagos que por concepto de cánones de arrendamiento deban efectuar los SUBARRENDATARIOS a favor del FIDEICOMITENTE OTCA en virtud de los CONTRATOS DE SUBARRIENDO La totalidad del DERECHO A RECIBIR LOS INGRESOS DEL FIDEICOMITENTE OTCA es cedido por EL FIDEICOMITENTE OTCA al FIDEICOMISO con la suscripción del presente contrato” - Ver folio 35 del cuaderno de pruebas.

<sup>54</sup> “**5.2. DERECHO A RECIBIR LOS INGRESOS DEL FIDEICOMITENTE OTCA.** Con la celebración del presente contrato, el FIDEICOMITENTE OTCA cede al FIDEICOMISO el DERECHO A RECIBIR LOS INGRESOS DEL FIDEICOMITENTE OTCA, cesión que una vez perfeccionada hará que este activo fideicomitido esté afecto a la finalidad del presente contrato. En la medida que el FIDEICOMITENTE OTCA y OPAIN S.A. han acordado que el canon derivado de los CONTRATOS DE SUBARRIENDO debe ser facturado y recibido por el FIDEICOMISO OPAIN por cuenta del FIDEICOMISO, el FIDEICOMITENTE OTCA se obliga a realizar las siguientes gestiones para efectos del perfeccionamiento de la cesión del DERECHO A RECIBIR LOS INGRESOS DEL FIDEICOMITENTE OTCA a favor del FIDEICOMISO, así como para efectos de la transferencia de los RECURSOS en los que se materializan los mismos a favor del FIDEICOMISO: (...)” - Ver folio 39 del cuaderno de pruebas.

*2012 entre OTCA SAS y el Fondo de Capital Privado Terminal de Carga El Dorado, como fideicomitentes, y Fiduciaria Bancolombia SA como fiduciario (Anexo 5).”<sup>55</sup>*

Adicionalmente, sobre la cesión de derechos económicos o patrimoniales por parte de OTCA al patrimonio autónomo también se menciona en los contratos de subarrendamiento en el cual se pactan las siguientes cláusulas 5.3,<sup>56</sup> 5.4.<sup>57</sup>, y 7.1.3.,<sup>58</sup> que reconocen la cesión de derechos de tipo patrimonial o económico al Fideicomiso P.A. OTCA y, el entendimiento de las partes del contrato de subarrendamiento, de que los gastos operacionales reembolsables objeto de disputa, debían pagarse a favor de Fideicomiso P.A. OTCA, quien tenía la titularidad de tales derechos.

Por último, resulta importante señalar que en las comunicaciones de fecha 26 de marzo de 2013<sup>59</sup>, 30 de abril de 2014<sup>60</sup> y 16 de febrero de 2015<sup>61</sup>, se adjunta un cuadro con la conciliación - gastos reembolsables de los años 2012, 2013 y 2014 en los cuales se observa que se trata de gastos a favor del Fideicomiso OTCA, de hecho, en relación con los gastos reembolsables para la vigencia del 2014, se remite cuenta de cobro N°. 2690<sup>62</sup> a fin de que se realice el pago a nombre del titular de los derechos económicos, es decir a nombre del Fideicomiso P.A. OTCA.

Se concluye de lo expuesto, que el titular de los derechos, privilegios y beneficios económicos o patrimoniales, derivados del contrato de subarrendamiento celebrado entre OTCA y AVIANCA es el Fideicomiso P.A. OTCA, de manera que, en principio dadas estas circunstancias, la legitimación en la causa por activa correspondería al mencionado Fideicomiso, aspecto que fue objeto de modificación con la terminación y liquidación del contrato N°. 3912 de fiducia mercantil irrevocable como se detallará en los siguientes acápite.

---

<sup>55</sup> Ver folio 3 del cuaderno principal.

<sup>56</sup> La cláusula quinta del contrato de subarrendamiento (Canon de Subarrendamiento) en el numeral 5.3. indica lo siguiente: *“Todas las sumas que el Subarrendatario deba cancelar al Subarrendador de conformidad con las Cláusulas 5.1 y 5.2 anteriores, deberán ser consignadas, mensualmente, de manera anticipada y dentro de los cinco (5) primeros días del mes, mediante depósito: (a) en la Cuenta de Recaudo de Subarriendos del Fideicomiso OPAIN de las sumas de que trata el numeral 5.1. y (b) en las cuentas del Fideicomiso las sumas de que trata el numeral 5.2 anterior. Se expedirá la factura correspondiente para efectos contables de Subarrendatario. Sin embargo, el Subarrendatario no podrá condicionar los pagos al recibo de la misma.”* Ver folio 7 del cuaderno de pruebas.

<sup>57</sup> *“5.4. En la medida que el Subarrendador ha transferido los derechos económicos derivados del presente Contrato al Fideicomiso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13 del decreto 2509 de 1985 el Subarrendatario efectuará los pagos aquí descritos, netos de cualquier retención por impuestos sobre la renta.”* Ver folio 7 del cuaderno de pruebas.

<sup>58</sup> Por otro lado, en la cláusula séptima relativa a las obligaciones del subarrendatario, se indica expresamente en uno de sus numerales que el pago de los gastos operacionales reembolsables debía realizarse directamente al Fideicomiso P.A. OTCA: *“7.1.3. Consignar el Canon Base únicamente en la Cuenta de Recaudo de Subarriendos del Fideicomiso OPAIN, y el Depósito, los gastos operacionales reembolsables y las multas y penalidades a que haya lugar, y, en general, todos los demás pagos diferentes del Canon Base y a órdenes del Subarrendatario, en las cuentas del Fideicomiso.”* Ver folio 8 del cuaderno de pruebas.

<sup>59</sup> Ver folios 68 a 70 del cuaderno de pruebas.

<sup>60</sup> Ver folios 71 y 72 del cuaderno de pruebas.

<sup>61</sup> Ver folios 88 y 89 del cuaderno de pruebas.

<sup>62</sup> Ver folio 90 del cuaderno de pruebas.



**9.1.2. Cesión de los derechos Fiduciarios sobre el Fideicomiso P.A. OTCA, por parte de OTCA S.A. en liquidación a Acero Colombia S.A.S.**

El 31 de diciembre de 2014 se celebró acuerdo de terminación del contrato de arrendamiento N° OP-COM-AE-09<sup>63</sup>, entre Opain S.A. y OTCA, así mismo, el 22 de enero de 2015 las partes suscriben el acta de restitución y liquidación del contrato de arrendamiento<sup>64</sup>, como consecuencia del acuerdo de terminación del contrato de arrendamiento, Acero Colombia S.A.S. y el Fondo de Capital Privado Tribeca Terminal de Carga el Dorado, impartieron a la Fiduciaria Bancolombia la instrucción de proceder con la liquidación del contrato de fiducia mercantil N° 3912.

Ahora bien, señala la parte demandante en el numeral 53 del acápite de hechos del escrito de demanda, que los derechos de crédito existentes en el Fideicomiso se cedieron a su entonces beneficiario Acero Colombia S.A.S., así:

*“En septiembre de 2015 se formalizó la liquidación del Fideicomiso y en consecuencia se cedieron a sus entonces beneficiarios, ACERO COLOMBIA SAS y El Fondo de Capital Privado Terminal de Carga El Dorado, los derechos de crédito existentes en el Fideicomiso, comprendiendo todos los derivados del Contrato de Subarriendo (Anexo 20).<sup>65</sup>”*

Con base a la afirmación de la parte convocante, se tiene por confesado que para el momento de celebración del acta de terminación y liquidación del contrato N° 3912 de fiducia mercantil irrevocable, los fideicomitentes y beneficiarios del Fideicomiso P.A. OTCA eran Acero Colombia S.A.S. y el Fondo de Capital Privado Tribeca Terminal de Carga el Dorado y no como lo fuera inicialmente la sociedad OTCA SAS.

Adicionalmente, obra en el expediente, el acta de terminación y liquidación del contrato N° 3912 de fiducia mercantil irrevocable, en dicha acta de terminación fungen como partes y suscriptores la apoderada general de la Fiduciaria Bancolombia y los representantes legales de los fideicomitentes y beneficiarios Acero Colombia S.A.S. y Alianza Fiduciaria S.A. como sociedad administradora del Fondo de Capital Privado Tribeca Terminal de Carga el Dorado. Se señala en las consideraciones del acta de terminación y liquidación del contra N° 3912 lo siguiente:

*“**CUARTA.-** Teniendo en cuenta el Acuerdo de Terminación del Contrato de Arrendamiento N° OP-COM-AE-09 celebrado entre OPAIN S.A. y OTCA S.A.S., suscrito el pasado 31 de Diciembre de 2014 y el acta de restitución y liquidación suscrita el 22 de Enero de 2015, mediante comunicación del 25 de mayo de 2015, el FCP Tribeca Terminal de Carga el Dorado y Acero Colombia SAS en su calidad de Fideicomitentes y Beneficiarios del Fideicomiso **P.A. OTCA** impartieron a Fiduciaria*

---

<sup>63</sup> Ver folios 73 a 79 del cuaderno de pruebas.

<sup>64</sup> Ver folios 80 a 87 del cuaderno de pruebas.

<sup>65</sup> Ver folio 10 del cuaderno principal.



**Bancolombia la instrucción de proceder con la terminación y liquidación del FIDEICOMISO.**

**QUINTA.** *Mediante comunicación del 09 de junio de 2015, el Fideicomitente OTCA S.A.S. cedió la totalidad de sus derechos fiduciarios a la Sociedad Acero Colombia S.A.S quien actualmente ostenta la calidad de Fideicomitente del Fideicomiso P.A. OTCA y en tal medida comparece a la suscripción del presente instrumento;*<sup>66</sup>

Como se observa, en las consideraciones se deja constancia de la cesión de derechos fiduciarios por parte de OTCA a la sociedad Acero Colombia S.A.S. de suerte que para el 9 de junio de 2015 a OTCA no le asistía ningún derecho como fideicomitente o beneficiaria del Fideicomiso P.A. OTCA.

**9.1.3. Cuentas por cobrar que se cedieron y restituyeron a OTCA S.A.S. con ocasión de la terminación y liquidación del contrato N° 3912 de fiducia mercantil irrevocable.**

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas y el material probatorio del presente proceso, corresponde determinar si, con la terminación y liquidación del contrato N° 3912 de fiducia mercantil irrevocable, o con posterioridad a ello, se cedió y/o restituyó a OTCA, el derecho para cobrar los gastos operacionales reembolsables del año 2014 que estaban a cargo de la sociedad convocada AVIANCA, pues sólo de esta manera se configuraría en cabeza de la Convocante la legitimación sustancial en la causa por activa en el presente trámite arbitral.

Sobre este punto, relata en los alegatos de conclusión, el apoderado de la parte actora:

*“De otro lado, consta en el documento de liquidación del Fideicomiso OTCA (Anexo 20 de la demanda), en la liquidación del mismo se ceden y restituyen a OTCA las cuentas por cobrar existentes en el Fideicomiso, incluyendo dentro de la cuenta de diversas todas las correspondientes al reembolso de los gastos operacionales reembolsables debidos en esa fecha, siendo en tal medida dicha sociedad la que tenía interés jurídico y concreto en el objeto del litigio”*<sup>67</sup>

Es importante señalar que la afirmación citada, efectuada por la parte convocante para acreditar su legitimación en la causa por activa, tiene como base y sustento lo dispuesto en el acta de terminación y liquidación del contrato de fiducia mercantil irrevocable N°. 3912. Según afirma el apoderado de OTCA en la cuenta por cobrar denominada “DIVERSAS” fueron incluidos todos los gastos operacionales reembolsables debidos a la fecha al patrimonio autónomo, lo cual sería suficiente para acreditar y demostrar, en su criterio, que el Fideicomiso P.A. OTCA y sus fideicomitentes y beneficiarios Acero Colombia S.A.S. y el Fondo de Capital Privado Tribeca Terminal de Carga el Dorado, cedieron y/o restituyeron a

---

<sup>66</sup> Ver folios 124 y 125 del cuaderno de pruebas.

<sup>67</sup> Ver folio 30 del segundo cuaderno principal.

<b>716450500</b>	<b>ANTICIPO DE CONTRATO</b>		OTCA, entre otras
0000900260920	DIGIFIX LTDA	57,969,654.00	cuentas por cobrar,
0000900430340	RAMIREZ DUARTE Y	200,000,000.00	aquella a cargo de
0000900570542	ECOTIKA SAS	70,000,000.00	AVIANCA por
<b>TOTAL</b>	<b>ANTICIPO DE CONTRATO</b>	<b>327,969,654.00</b>	concepto de los
			gastos
			operacionales

reembolsables correspondientes a la vigencia 2014.

Al respecto, resulta oportuno citar el contenido de la consideración sexta del acta de terminación y liquidación aludida, para verificar si la misma es prueba suficiente del dicho de la parte convocante y acredita con ello, la legitimación en la causa de la parte actora:

*“SEXTA: Que de conformidad con las instrucciones impartidas por los Fideicomitentes mediante comunicación de fecha del 25 de Mayo de 2015, a través de la presente acta de liquidación se ceden y restituyen a OTCA S.A.S. las siguientes cuentas por cobrar existentes en el Fideicomiso a la fecha de esta liquidación*

<b>716870000</b>	<b>DIVERSAS</b>	
8300545393912	P.A. OTCA SAS	940,610,776.45
<b>TOTAL</b>	<b>DIVERSAS</b>	<b>940,610,776.45</b>

<b>716870085</b>	<b>DIVERSAS</b>	
716870085018	DIVERSAS – GASTOS REEMBOLSABLES	
0000800136926	TECNICOS AEROPORT	23,321,180.61
0000830017271	FEDERAL EXPRESS S	15,675,962.70
0000830139864	CENTURION AIR CARGO	11,130,184.76
0000890308447	GIRAG S.A.	13,868,314.44
<b>TOTAL DIVERSAS - GASTOS REEMBOL</b>		<b>63,995,642.51</b>

<b>716989500</b>	<b>OTRAS PROVISI. CUENTAS X COBRAR</b>	
7169895002	SEGURO DE VIDA	
716989500200	CATEGORIA A	(210,606,265.00)
<b>TOTAL</b>	<b>SEGUROS DE VIDA</b>	<b>(210,606,265.00)</b>

<b>TOTAL</b>	<b>CUENTAS POR COBRAR</b>	
<b>1,121.969.807.96</b> <sup>68</sup>		

Se evidencia que las cuentas por cobrar cedidas y/o restituidas a OTCA están clasificadas en cuatro grupos. En un primer grupo se hace referencia a los “ANTICIPOS DE CONTRATO” por valor total de \$327.969.654, seguidamente se hace mención de la cuenta “DIVERSAS” por una suma de \$940.610.776.45. En tercer lugar, también bajo la referencia de “DIVERSAS” se especifican las cuentas por cobrar “DIVERSAS-GASTOS

---

<sup>68</sup> Ver folio 125 del cuaderno de pruebas.

REEMBOLSABLES” por la suma de \$63.995.642.51 y, por último, se hace referencia a “OTRAS PROVISIONES POR COBRAR” específicamente en relación con “SEGURO DE VIDA” cuyo valor asciende al valor de \$210.606.265.

Se constata entonces que en la cláusula sexta referente a las cuentas por cobrar que fueron reintegradas por el Fideicomiso a OTCA existen dos grupos de cuentas “DIVERSAS”. En un primer lugar a la cuenta “716870000 DIVERSAS” en donde se incluye la cuenta por cobrar al P.A. OTCA SAS que asciende a la suma de \$940.610.776.45, así mismo se relaciona la cuenta “716870085 DIVERSAS” en la cual se especifican los gastos reembolsables, que a su vez se incluyen las cuentas por cobrar a: Técnicos Aeroport \$23.321.180,61; Federal Express S \$15.675.962.70; Centurión Air Cargo \$11.130.184.76 y Girag S.A. 13.868.314.44.

La parte convocante no precisa a lo largo del proceso, ni en los alegatos de conclusión, en qué aparte del acta de liquidación consta específicamente a favor de OTCA la cesión de la cuenta por cobrar que tenía el Patrimonio Autónomo, para reclamar a AVIANCA los gastos operacionales reembolsables correspondientes al año 2014. En efecto, de la revisión del documento bajo análisis, tampoco observa el Tribunal que exista constancia o mención en el texto transcrito que exista una cuenta por cobrar a cargo de AVIANCA, ni existe tampoco, en la tabla transcrita, una suma de dinero que coincida numéricamente con pretendida por parte de OTCA en el presente proceso.

Nótese que en el texto del acta bajo el rubro de “Diversas”, no se discriminan o especifican las cuentas que integran dicha categoría de manera que es imposible identificar los créditos que fueron retornados a OTCA. Así mismo, se desconoce si en la cuenta de “Diversas” se incluyeron una o varias cuentas por cobrar y, especialmente, se desconoce la identidad de los supuestos deudores, por cuanto la misma no se revela en ningún acápite del documento del Acta de liquidación. En relación con la identidad de los deudores, sólo se hace referencia a la misma en la cuenta denominada “Diversas gastos operacionales reembolsables”, en la que se incluyen específicamente cuatro supuestos deudores del Patrimonio Autónomo, siendo claro que ninguno de ellos es AVIANCA y, que el monto de los valores adeudados por ese rubro, es inferior al pretendido en este proceso.

Conforme lo expuesto, se debe concluir que, aunque al parecer existen o existieron unas cuentas por cobrar, que fueron restituidas a favor de OTCA por parte del Patrimonio Autónomo, pero no se puede determinar, con el material probatorio que consta en el presente expediente, quiénes serían los sujetos llamados a satisfacer dichos créditos, ni muchísimo menos la cuantía específica de los mismos, por cuanto no se encuentra esta discriminada. Tampoco obra en el expediente información financiera del patrimonio autónomo de OTCA en la que se diera fe sobre el detalle de las cuentas por cobrar, que fueron incluidas en el rubro de Diversas, que según se lee en el acta de liquidación del contrato de fiducia, fue restituido por parte de los Fideicomitentes/beneficiarios a favor de OTCA.

Tal y como ha sido expuesto, se reitera que el acta de liquidación del contrato de fiducia, no es prueba de la legitimación en la causa por parte de OTCA para cobrarle a AVIANCA

el pago del excedente de los gastos operacionales reembolsables correspondientes a la vigencia 2014.

Adicionalmente, es importante mencionar, que en la contabilidad de OTCA SAS, no fue registrada ninguna cuenta por cobrar a su favor en la que el sujeto deudor fuera AVIANCA. Incluso, en la cuenta final de liquidación, no se hizo mención a la existencia de dicha cuenta por cobrar. Sobre este punto, es pertinente traer a colación lo expuesto por el doctor Miguel Arcángel de Pombo Espeche, liquidador de OTCA, en el interrogatorio de parte que se le practicó en audiencia del 24 de enero de 2017:

*“DR. GARCÍA: **Pregunta No.10:** Por favor explique al despacho por qué razón en la cuenta final de liquidación de OTCA no se incluyó ni a AVIANCA ni a Tampa como deudores de OTCA?*

*SR. DE POMBO: Buena pregunta, no le tengo esta respuesta en este momento, no la tengo.*

*(...)*

*DR. URIBE: Mejor dicho, la pregunta es porque no se incluyó en la cuenta final de liquidación?*

*SR. DE POMBO: Yo tengo una respuesta muy clara a esa inquietud, porque la liquidación de la sociedad OTCA hay que tener una claridad, OTCA en su momento y a través, estas cuentas hacían parte de una actividad que se canalizaban todos los flujos a través de una fiducia.*

*Se liquidó la fiducia y quedaron esas cuentas por cobrar en cabeza de la fiducia, pero el beneficiario de esas platas no es OTCA, sino que OTCA actúa como agente oficioso de cobro de esas platas. Entonces al hacerse la liquidación de OTCA esas platas nunca pertenecieron a OTCA por eso no deberían de estar dentro de la liquidación porque OTCA actúa como agente de los beneficiarios del fondo de capital privado y los beneficiarios en ese caso eran los inversionistas del fondo y en alguna proporción menor el operador de la Terminal de Carga que era Lynxs.”<sup>69</sup>*

Lo afirmado por el Liquidador de OTCA, refuerza la idea de que el crédito en disputa no pertenecía a OTCA, pues el mismo no fue registrado en su contabilidad. Igualmente, la declaración del representante legal de OTCA tampoco sirve para acreditar la cesión de dicho crédito en favor OTCA, pero sí, genera espacio para pensar que OTCA pudiera quizás estar cobrando dicho dinero únicamente bajo la posición de un agente oficioso, pero no a título personal, posición que será analizada en detalle más adelante.

Con base en el acervo probatorio que consta en el presente expediente, este Tribunal no encuentra probado que en efecto se haya cedido y/o restituido a OTCA cuenta alguna por cobrar a AVIANCA por concepto de gastos reembolsables, razón por la cual debe concluirse la carencia de legitimación en la causa por activa de OTCA para reclamar un derecho que a ciencia cierta cedió a un tercero y del cual no existe certeza de que le hubiera sido restituido.

---

<sup>69</sup> Ver folio 495 del cuaderno de pruebas.

Como se explicó en el numeral 8 de las consideraciones en un proceso declarativo la carga de la prueba se encuentra en cabeza del demandante principal o en reconvencción, pues quien debe acreditar el supuesto fáctico de sus pretensiones es quien alega un derecho.

En el caso concreto, es fundamental señalar que OTCA tenía la carga de acreditar más allá de toda duda que en efecto era el titular del derecho en discusión, pues esta era la base fáctica de todas las pretensiones de su demanda. No se evidencia en el material probatorio que reposa en el expediente, que la parte demandante haya cumplido con su carga de acreditar su condición de titular del derecho objeto del litigio y, por consiguiente, de su condición de legitimado en la causa por activa para reclamar el pago de la obligación ante AVIANCA.

#### **9.1.4. La supuesta calidad de Agente oficioso de OTCA**

Conforme se puso de presente anteriormente, el liquidador y representante legal de OTCA, doctor Miguel Arcángel de Pombo Espeche, en el interrogatorio de parte que se le practicó en audiencia del 24 de enero de 2017 a la pregunta sobre la razón por la cual no se incluyó a AVIANCA en la cuenta final de liquidación, señaló que la convocante actuaba como un agente oficioso de los beneficiarios para el cobro de las sumas de dinero pretendidas en la demanda. La declaración concretamente efectuada sobre este punto por el doctor De Pombo fue la siguiente:

*“SR. DE POMBO: Yo tengo una respuesta muy clara a esa inquietud, porque la liquidación de la sociedad OTCA hay que tener una claridad, OTCA en su momento y a través, estas cuentas hacían parte de una actividad que se canalizaban todos los flujos a través de una fiducia.*

*Se liquidó la fiducia y quedaron esas cuentas por cobrar en cabeza de la fiducia, pero el beneficiario de esas platas no es OTCA, sino que OTCA actúa como agente oficioso de cobro de esas platas. Entonces al hacerse la liquidación de OTCA esas platas nunca pertenecieron a OTCA por eso no deberían de estar dentro de la liquidación porque OTCA actúa como agente de los beneficiarios del fondo de capital privado y los beneficiarios en ese caso eran los inversionistas del fondo y en alguna proporción menor el operador de la Terminal de Carga que era Lynxs.”<sup>70</sup>*

Sobre el particular, es menester señalar que el Código General del Proceso permite demandar a nombre de una persona de quien no se tiene poder, sin embargo, la ley procesal contempla una serie de condiciones y ritualidades para tales efectos, las cuales se encuentran consignadas en el caso de agente oficioso de la parte actora, en los tres primeros incisos del artículo 57 del C.G.P. cuyo contenido es el siguiente:

*“ARTÍCULO 57. AGENCIA OFICIOSA PROCESAL. Se podrá demandar o contestar la demanda a nombre de una persona de quien no se tenga poder, siempre que ella se encuentre ausente o impedida para hacerlo; bastará afirmar dicha circunstancia*

---

<sup>70</sup> Ver folio 495 del cuaderno de pruebas.

*bajo juramento que se entenderá prestado por la presentación de la demanda o la contestación.*

*El agente oficioso del demandante deberá prestar caución dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación que se haga a aquel del auto que admita la demanda. Si la parte no la ratifica, dentro de los treinta (30) días siguientes, se declarará terminado el proceso y se condenará al agente oficioso a pagar las costas y los perjuicios causados al demandado. Si la ratificación se produce antes del vencimiento del término para prestar la caución, el agente oficioso quedará eximido de tal carga procesal.*

*La actuación se suspenderá una vez practicada la notificación al demandado del auto admisorio de la demanda, y ella comprenderá el término de ejecutoria y el de traslado. Ratificada oportunamente la demanda por la parte, el proceso se reanudará a partir de la notificación del auto que levante la suspensión. No ratificada la demanda o ratificada extemporáneamente, el proceso se declarará terminado. (...)”*

De la anterior norma, se desprende que la agencia oficiosa procesal es procedente cuando la persona en cuyo nombre se demanda, se encuentre ausente o impedida para hacerlo, y se requiere que (i) se afirme la anterior circunstancia bajo juramento en la demanda, (ii) se preste caución dentro de los diez (10) siguientes al auto admisorio de la demanda (iii) que la parte en cuyo nombre se actúa ratifique la demanda dentro del término de treinta (30) días que concede la ley.

Es evidente que, en el presente proceso, que OTCA nunca afirmó que actuaba en calidad de agente oficioso en la demanda, ni mucho menos dio cumplimiento a los demás requisitos previstos en la normatividad procesal. Así mismo, la parte convocante nunca elevó sus pretensiones en nombre de los beneficiarios del fideicomiso, esto es en nombre de Acero Colombia S.A.S. y el Fondo de Capital Privado Tribeca Terminal de Carga El Dorado, sino que todo lo que pretendió en su demanda, lo hizo a título propio.

#### **9.1.5. Ausencia de Legitimación en la Causa por activa de OTCA**

En los alegatos de conclusión, la parte convocante manifiesta que la legitimación en la causa por activa se fundamenta en el hecho de ser parte contractual, sin importar que los recursos que eventualmente obtenga deban ser entregados a terceros por acuerdos de cesión de los derechos de crédito, pues la legitimación no surge del titular del derecho, sino de quien se parte en el negocio jurídico.

En palabras del Apoderado de OTCA:

*“En relación con la excepción referida a la legitimación de la Convocante OTCA SAS, debe simplemente anotarse que dicha sociedad fue parte del Contrato de Subarriendo desde su suscripción y hasta su cesión al Concesionario, posición contractual que jamás perdió. Debe agregarse que es en razón de dicha posición de Subarrendadora que tiene derecho a exigir el cumplimiento del contrato y los*



*correspondientes efectos, con total independencia de que los recursos sean obtenidos deban serle entregados a terceros por acuerdos de cesión de los derechos de crédito correspondientes.*

*Parece olvidar en este aspecto la convocada que la legitimación en la causa no surge de quien sea titular económico de derecho en cuestión, no de quien haya sido parte de la relación jurídico contractual que da lugar a dicho derecho, por lo que, si bien es cierto que los derechos de contenido crediticio derivados del contrato de subarriendo fueron cedidos inicialmente al Fideicomiso OTCA, no se cedió jamás la posición contractual del Subarrendador.”<sup>71</sup>*

Considera el Tribunal que lo afirmado por OTCA no puede ser de recibo en este proceso arbitral, pues tal y como se anotó líneas atrás la legitimación en la causa, exige que el convocante sea el titular del interés jurídico sustancial que es objeto de reclamación, a menos que se encuentre debidamente acreditado y manifestado que obra en calidad de agente oficioso, situación que como fue igualmente analizada debe cumplir con una serie de formalidades establecidas en el Código General del Proceso.

En efecto, lo señalado por OTCA es completamente opuesto a la doctrina y jurisprudencia citadas, en tanto pretende argumentar que la legitimación en la causa por activa, no se encuentra en cabeza del titular del derecho económico que se discute, sino en cabeza de la parte contractual independientemente de dicha titularidad. Afirmación, que no sólo contradice lo ya analizado, sino que adicionalmente desconoce de tajo toda la regulación existente en materia de cesión de derechos prevista en el Título XXV del Libro Cuarto del Código Civil.

A manera de conclusión, encuentra este Tribunal que en un primer momento el Fideicomiso P.A. OTCA fue el titular de los derechos, privilegios y beneficios económicos o patrimoniales, derivados del contrato de subarrendamiento celebrado entre OTCA y AVIANCA, incluyendo el derecho a percibir el pago de los gastos operacionales reembolsables y que, en caso de liquidación de dicho patrimonio autónomo, figuraba como beneficiario del mismo la sociedad OTCA SAS.

Posteriormente, OTCA cede sus derechos fiduciarios en el Fideicomiso P.A. OTCA a la sociedad Acero Colombia S.A.S. y al Fondo de inversión Tribeca, de suerte que a partir de ese momento ya no le asiste ningún derecho como fideicomitente o beneficiario del Fideicomiso P.A. OTCA, que en septiembre de 2015 fue efectivamente liquidado.

Como resultado de la terminación y liquidación del contrato N° 3912 de fiducia mercantil irrevocable, se cedieron y restituyeron a OTCA ciertas cuentas por cobrar mencionadas en el acta de terminación liquidación, dentro de las cuales no se demostró que estuviera incluida cuenta alguna por cobrar a AVIANCA, por concepto de gastos reembolsables.

---

<sup>71</sup> Ver folios 29 y 30 del segundo cuaderno principal.

Dejó sentado este Tribunal que, por tratarse de un proceso declarativo o cognoscitivo, la carga de la prueba de dicho aspecto le asistía a OTCA, quien debía demostrar más allá de toda duda que en efecto era el titular del derecho en discusión, así como acreditar todos los demás fundamentos fácticos de la demanda, lo cual no realizó, sin que fuere posible, en el presente caso, aplicar algún tipo de beneficio de la duda o favorabilidad que exima de dicha carga al demandante.

Con sustento en todo lo expuesto en torno a la legitimación en la causa por activa de OTCA, debe colegirse que dicha sociedad convocante no demostró en el proceso la titularidad de los derechos que reclama, por lo que carece para estos efectos de legitimación en la causa por activa como bien lo excepcionó AVIANCA en la contestación de la demanda y lo argumentó, con sustento en las pruebas que reposan en el expediente, en sus alegatos de conclusión.

**9.2. Legitimación en la causa por pasiva de AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA en relación con la demanda principal.**

Si bien este punto no es un tema de discusión en este proceso, pues no se desconoció la legitimación en la causa por pasiva de AVIANCA en ningún momento, es importante señalar que, en efecto, es esta sociedad sobre quien gravita la eventual obligación de pagar los gastos reembolsables derivados del contrato de subarrendamiento N° 56 celebrado con OTCA, ello es así por cuanto así se pactó en dicho contrato que data del 12 de marzo de 2012.

El contrato de subarrendamiento incluyó la ya citada cláusula 5.2.<sup>72</sup>, con fundamento en la cual AVIANCA en calidad de subarrendatario tenía la obligación de asumir el porcentaje que le correspondiera en función del área del inmueble, de los gastos operacionales reembolsables, los cuales se referían a los costos y gastos de mantenimiento y administración de las áreas comunes.

Teniendo en cuenta que la discusión en el presente proceso, producto de la demanda principal gira en torno al cobro de estos gastos operacionales reembolsables, es clara la legitimación en la causa por pasiva de AVIANCA.

**9.3. Legitimación en la causa por activa de AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA en relación con la demanda de reconvención.**

Ocupa la atención del Tribunal el análisis de la legitimación en la causa por activa de AVIANCA en relación con la demanda de reconvención presentada, en la que alega que OTCA en desarrollo de los contratos de mandato comercial, accesorios a los contratos de subarrendamiento N° 5 y 56, celebrados con TAMPA y AVIANCA, respectivamente, incurrió en una extralimitación al realizar pagos que no correspondían con el concepto de gastos operacionales reembolsables. Por ende, solicita a OTCA reintegrar las sumas cobradas en forma excesiva, más los intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida.

---

<sup>72</sup> Ver folio 7 del cuaderno de pruebas.

Realizada la revisión de la cláusula 5.2. uniforme para ambos contratos de subarrendamiento, se constata la existencia de un contrato de mandato comercial<sup>73</sup>, por medio del cual se encargó al mandatario OTCA, realizar por cuenta de los mandantes AVIANCA y TAMPa, todas las tareas de gestión y administración de las áreas comunes del nuevo terminal de carga del aeropuerto El Dorado.

El alcance del encargo se encontraba delimitado en el anexo 10<sup>74</sup> y en la cláusula 5.8 de los mencionados contratos de subarriendo y su espectro permitía al mandatario incurrir en todos aquellos costos y gastos requeridos para la operación y mantenimiento de áreas comunes, mantenimiento y reparación de infraestructura común, administración de áreas comunes y cualquier otro costo o gasto para la adecuada conservación y seguridad de las áreas comunes.

De otra parte, debe tenerse en cuenta que TAMPa, cedió a AVIANCA sus derechos mediante documento privado de fecha 8 de agosto de 2016, en el que expresamente se indicó en la cláusula primera de objeto que: ***“Por medio del presente documento TAMPa CARGO S.A.S. cede a favor de AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA los créditos de los cuales es deudora OTCA S.A.S. (...)”***<sup>75</sup>. contrato de cesión que fue debidamente notificado a OTCA como se logró acreditar en el proceso.

Al ser AVIANCA la parte mandante y discutir en la demanda de reconvención que OTCA incumplió el contrato de mandato comercial, al cobrar y compensar de forma supuestamente indebida gastos que no coinciden con la naturaleza de gastos reembolsables, sumado a ser la titular de los derechos que le fueron cedidos por otro mandante TAMPa, no existe duda de la legitimación en la causa por activa frente a las pretensiones de la demanda de reconvención.

Aunque como bien menciona OTCA en sus alegatos de conclusión los derechos cedidos por TAMPa a AVIANCA no parecen tener la condición de ser créditos ciertos e indiscutibles, los mismos no pueden calificarse tampoco como derechos litigiosos como lo insinúa OTCA, porque no se había trabado una litis al momento de su cesión<sup>76</sup>. En la normatividad colombiana nada parece indicar que sólo puedan cederse derechos crediticios ciertos e irrefutables<sup>77</sup>, de manera que nada impide darle plena validez a dicho convenio de cesión

---

<sup>73</sup> Ver folios 7, 42 y 43 del cuaderno de pruebas.

<sup>74</sup> Ver folio 28 del cuaderno de pruebas.

<sup>75</sup> Ver folio 161 del cuaderno de pruebas.

<sup>76</sup> Código Civil: *“Artículo 1969. Se cede un derecho litigioso cuando el objeto directo de la cesión es el evento incierto de la litis, del que no se hace responsable el cedente. Se entiende litigioso un derecho, para los efectos de los siguientes artículos, desde que se notifica judicialmente la demanda.”*

<sup>77</sup> El único requisito formal que establece el Código Civil para dotar de validez la cesión de créditos es que la misma se haga mediante un documento escrito, título: *“Artículo 1959: La cesión de un crédito, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título. Pero si el crédito que se cede no consta en documento, la cesión puede hacerse otorgándose uno por el cedente al cesionario, y en este caso la notificación de que trata el artículo 1961 debe hacerse con exhibición de dicho documento”*. De otra parte, el mismo Código Civil, tiene previsto que únicamente cuando se presenta una cesión de créditos a título oneroso deberá el cedente responder por la existencia del crédito y ni siquiera en casos de

de derechos crediticios y, dejar que sea esta Tribunal quien decida sobre la procedencia o no de dichos derechos crediticios cedidos en contra de OTCA.

Finalmente, en lo que respecta a la supuesta falta de competencia por parte de este Tribunal para revisar las pretensiones propuestas por AVIANCA en su calidad de cesionario de TAMPa ya se hizo referencia en el numeral 3 de las Consideraciones, razón por la que no es necesario volver a referirse al mismo.

**9.4. Legitimación en la causa por pasiva de OTCA S.A.S. en Liquidación en relación con la demanda de reconvención.**

Resta analizar la legitimación en la causa por pasiva de OTCA frente a las pretensiones de la demanda de reconvención, en relación con lo cual hay que decir que en efecto se trata de la persona contra quien se dirige el derecho sustancial y quien en virtud del contrato debe asumir el eventual reintegro de las sumas que cobró y compensó de forma indebida, dada su condición de mandatario tanto de TAMPa como de AVIANCA.

Es significativo señalar que, los contratos de subarrendamiento N° 5 y N° 56, que a su vez incluían contratos accesorios de mandato comercial, se celebraron por parte de AVIANCA y TAMPa con OTCA, este último, que en ningún momento cedió su posición contractual como subarrendadora, aunque sí sus derechos económicos o crediticios derivados del contrato, ni mucho menos cedió sus obligaciones o responsabilidad como mandataria, razón por la cual deberá responder por cualquier exceso cometido en la ejecución del encargo conferido, incluyendo principalmente la devolución de cualquier suma de dinero que hubiera cobrado supuestamente en forma indebida o excesiva, como se alega en la demanda de reconvención.

Por otro lado, este Tribunal considera que le asiste razón a AVIANCA en relación con lo manifestado en los alegatos de conclusión<sup>78</sup> sobre el punto objeto de análisis, pues pese a que OTCA en este momento se encuentra liquidada se mantiene su legitimación en la causa por pasiva, de hecho por esta misma razón es que el proceso ha podido seguir su curso, hasta llegar a la fase de laudo arbitral, pues en ningún momento OTCA ha perdido su capacidad para ser parte en el presente proceso, tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado, v gr. en sentencia de la Sección Cuarta de fecha 19 de febrero de 1993, proferida dentro del expediente 3760 citada por el tratadista Francisco Reyes Villamizar<sup>79</sup>.

---

cesiones a título oneroso deberá responder por la solvencia del deudor a menos que se haya comprometido a ello. Al respecto indica el “Artículo 1965. El que cede un crédito a título oneroso, se hace responsable de su existencia al tiempo de la cesión, esto es, de que verdaderamente le pertenecía en ese tiempo; pero no se hace responsable de la solvencia del deudor, si no se compromete expresamente a ello; ni en tal caso se entenderá que se hace responsable de la solvencia futura, sino sólo de la presente, salvo que se comprenda expresamente la primera; ni se extenderá la responsabilidad sino hasta concurrencia del precio o emolumento que hubiere reportado de la cesión, a menos que expresamente se haya estipulado otra cosa”

<sup>78</sup> Ver folios 43 y 44 del segundo cuaderno principal.

<sup>79</sup> Reyes Villamizar, Francisco. Derecho Societario. Tomo I. Segunda Edición. Ed. Temis. Bogotá. 2011. P. 231.

**10. CONSIDERACIONES EN TORNO A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN PRESENTADA POR AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA EN CONTRA DE OTCA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN**

Alega AVIANCA en la demanda de reconvención y en sus alegatos de conclusión, que OTCA en desarrollo de los contratos de mandato accesorios a los contratos de subarrendamiento N° 56 y N° 5, cobró a AVIANCA y TAMPA, el reembolso de ciertos gastos que no tenían la calidad y/o naturaleza de gastos operacionales reembolsables y que, por consiguiente, realizó una indebida compensación de los mismos con el anticipo pagado por las sociedades mencionadas, conforme lo pactado en la cláusula 5.2. de los mencionados contratos de subarrendamiento.

Con fundamento en su dicho, AVIANCA solicita que el presente Tribunal declare que OTCA incumplió con los términos de su mandato al exceder los límites del encargo encomendado y, en consecuencia, que se condene a OTCA a restituir a favor de AVIANCA la suma de \$81.045.903, así como la suma de \$288.655.349, en calidad de cesionaria de TAMPA.

La demanda de reconvención se cimienta sobre una indebida inclusión como gastos operacionales reembolsables, de los montos de dinero pagados de la siguiente manera:

- a) La suma de \$953.551.566 a OPAIN. como consecuencia del acuerdo celebrado entre OTCA y OPAIN el día 22 de enero de 2015;
- b) La suma de \$1.441.980.549 a Lynxs Cargoport LLC por concepto de “managment fee”;
- c) La suma de \$16.954.724 correspondientes a provisiones no justificadas y ajuste del mayor valor del gasto;
- d) La suma de \$13.977.688 a Triangle Services S.A.S. por servicios de acompañamiento a personal externo;
- e) La suma de \$519.250 al subarrendatario Snider por concepto de servicios públicos;
- f) La suma de \$31.000.000 a título de bonificación pagado a la trabajadora de OTCA Olga Matilde Villegas;
- g) La suma de \$91.068.946 en razón del mantenimiento efectuado a los ascensores; y
- h) La suma de \$123.431.958 sufragados supuestamente de forma incorrecta a los proveedores Triangle Services S.A.S., Ejes LTDA Grupo EIB, Maseg S.A.S. y QFD Solutions, quienes presentaron sus cobros con sendas facturas a pesar de tener para ese momento vencida la resolución de facturación que las facultaba para ello.

En consecuencia, resulta fundamental para determinar la prosperidad de las pretensiones de AVIANCA en su escrito de reconvención, esclarecer si los gastos realizados por OTCA en su calidad de mandatario, arriba relacionados, tienen o no las características para ser efectivamente considerados como gastos operacionales reembolsables, a la luz de los acordado por las partes contratantes en las cláusulas 5.2. y Anexo 10 de los contratos de subarrendamiento N° 56 y N° 5.

**10.1. La inclusión como gasto operacional reembolsable del pago efectuado por parte de OTCA a Opain S.A. en virtud acuerdo de terminación del contrato de arrendamiento N° OP-COM-AE-09.**

Destaca el Tribunal que OPAIN, mediante preaviso fechado el 3 de septiembre de 2014, complementado con la comunicación del 27 de septiembre de 2014 notificó a OTCA sobre su decisión de ejercer el derecho de terminación unilateral del contrato de arrendamiento OP-COM-AE-09. En dichas comunicaciones fijó como fecha de terminación del contrato el 2 de enero de 2015. Posteriormente, el día 28 de noviembre de 2014 OPAIN y OTCA, sostuvieron una reunión en la que decidieron postergar la fecha efectiva de terminación del contrato al día 15 de enero de 2015.<sup>80</sup>

Mediante documento suscrito el día 31 de diciembre de 2014, OPAIN y OTCA acordaron la terminación del contrato de arrendamiento N° OP-COM-AE-09, dejando consignado en las consideraciones de dicho documento que, conforme a las cláusulas 7.01, 7.02 y 9.03 del contrato, el arrendatario debía restituir el inmueble en perfectas condiciones y el arrendador debía devolver el depósito que le había sido entregado en garantía por parte del arrendatario, reconocer el valor de las inversiones amortizables realizadas por el arrendatario que aún no hubieran sido amortizadas y, pagar la indemnización por terminación unilateral.<sup>81</sup>

En adición a lo expuesto, se acordó en el documento suscrito el 31 de diciembre de 2014 que la fecha efectiva de terminación del contrato sería el día 15 de enero de 2015. Igualmente, se llegó a un acuerdo sobre el pago de la indemnización por terminación unilateral, el valor de las inversiones amortizables no amortizadas y la restitución del depósito. En relación con este último punto, se indicó que el valor del depósito a restituir sería la suma de \$73.524.000.000, previa realización de ciertos descuentos, dentro de los cuales destaca este Tribunal:

***“(ii) Un segundo descuento correspondiente a un valor estimado total de reparaciones en el inmueble objeto del Contrato y a cargo del Arrendatario atendiendo lo establecido en el literal a) de la cláusula 7.02 del Contrato Para tal fin, el 12 de enero de 2015 las Partes suscribirán un acta en la que el Arrendador discrimina las reparaciones requeridas en el inmueble, tanto en las zonas comunes, como en cada una de las instalaciones objeto de los contratos de subarriendo entre el Arrendatario con tenedores. En dicha acta se dejará***

---

<sup>80</sup> Ver folio 75 del cuaderno de pruebas.

<sup>81</sup> Ver folio 74 del cuaderno de pruebas.



**constancia de valor de las reparaciones sobre las cuales las Partes están de acuerdo, el cual será descontado del valor del Depósito (...)**<sup>82</sup> (Negritas fuera de texto original)

En el acuerdo de terminación y liquidación del contrato, se ratificó que era una obligación a cargo del arrendatario, del pago de las reparaciones locativas del inmueble, lo que coincide plenamente con lo previsto en la legislación colombiana, dado que el artículo 1998<sup>83</sup> del Código de Civil, expresamente invocado por la legislación mercantil vía art. 822 del C. de Co., impone, en cabeza del arrendatario, la asunción de este tipo erogaciones.

En relación con las mencionadas reparaciones locativas, es decir aquellas que requiere el inmueble hacer frente al desgaste normal o natural que sufra en razón de su uso, el doctrinante José Alejandro Bonivento<sup>84</sup> expone lo siguiente:

*“(...) las reparaciones locativas son a cargo, salvo estipulación en contrario, del arrendatario, esto es aquellas especies o clase de deterioros que ordinariamente se producen por el uso normal de la cosa, como descalabros de paredes, cerca, albañales, y acequias, rotura de cristales (Artículo 1998); conservar la integridad interior de las paredes, techos, pavimentos y cañerías, reponer las piedras, ladrillos y tejas que se quiebran o desencajen, reponer los cristales quebrados en las ventanas, puertas y tabiques, mantener en estado de servicios las puertas, ventanas y cerraduras (artículo 2029 del Código Civil).”*

Para la estimación de la cuantía de los costos correspondientes a las reparaciones locativas correspondientes a las áreas comunes y privadas del inmueble arrendado, previo a su devolución al arrendador, las partes, OPAIN y OTCA, procedieron a inspeccionar conjuntamente el bien y consignaron en un acta el total de las reparaciones locativas requeridas y, en los casos en los que estuvieron de acuerdo en cuanto a la procedencia de la reparación y a su costo, lo señalaron de esa manera.

Las reparaciones y montos que fueran aceptados por ambas partes serían descontados del depósito de dinero que debía ser restituido por parte del arrendador al arrendatario. Para las demás reparaciones locativas, que el arrendador considerara como requeridas, pero que no hubieran sido aceptadas por el arrendatario, se constituyó con los recursos del depósito una reserva en una cuenta fiduciaria. Reserva que se liberaría cuando un tercero imparcial resolviera la discrepancia sobre la necesidad y costo de dichas reparaciones locativas, determinando si el dinero reservado debía girarse a OPAIN o restituirse a OTCA.

---

<sup>82</sup> Ver folio 76 del cuaderno de pruebas.

<sup>83</sup> Código Civil. “Artículo 1998. El arrendatario es obligado a las reparaciones locativas. Se entienden por reparaciones locativas las que según la costumbre del país son de cargo de los arrendatarios, y en general las de aquellas especies de deterioro que ordinariamente se producen por culpa del arrendatario o de sus dependientes, como descalabros de paredes o cercas, albañales y acequias, rotura de cristales, etc.”

<sup>84</sup> Bonivento. Op. Cit. Pág. 440.

El 22 de enero de 2015 OPAIN y OTCA, suscribieron el acta de restitución y liquidación del contrato de arrendamiento N° OP-CPM-AE-09, documento con el que cuantificaron el valor de las reparaciones locativas que requerían tanto las zonas comunes del nuevo terminal de carga del aeropuerto El Dorado. En el ordinal quinto (Reparaciones) del acta de terminación, se hace la siguiente constancia en torno a las reparaciones de zonas comunes:

*“(…) 5.2. Para ajustar el valor de las Reparaciones, en reunión del 21 de enero de 2015 entre las Partes, se revisaron los valores descontados y verificó lo siguiente:*

*1. El **valor de las reparaciones de Áreas Comunes** a cargo del Arrendatario reconocidas y aceptadas por las Partes se definió en mil doscientos veinticuatro millones veinticuatro mil quinientos ochenta y ocho pesos (**\$1.224.024.588**). (…)”<sup>85</sup>*  
(Negrilla fuera de texto original)

En los soportes del pago efectuado por OTCA a OPAIN, obrantes en el CD-ROM<sup>86</sup> aportado con la contestación de la demanda, hay un archivo de Excel que contiene la relación pormenorizada de los gastos acordados por OTCA y OPAIN el 22 de enero de 2015. En dicho archivo se observa el detalle de las actividades realizadas, la cantidad, valor unitario, valor total y clasificación como reembolsable o no reembolsable de cada uno de los gastos por concepto de reparaciones locativas de áreas comunes en que debía incurrirse previo a la devolución del inmueble. Conforme dicho documento electrónico, el valor total de las reparaciones locativas que correspondían a gastos operacionales reembolsables ascendió a la suma de \$953.551.566, mientras que las reparaciones locativas que tenían la condición de gastos no reembolsables, correspondieron a \$270.473.024, para una suma total de \$1.224.024.590.

Dentro de los gastos operacionales reembolsables relacionados en el documento electrónico por concepto de reparaciones locativas del inmueble, se encuentran pagos por mantenimiento de ventanería, carpintería metálica, estructuras metálicas, enchapes, de piso, cielo raso, pintura de muros interiores y fachadas, entre otros. Del mencionado listado no se observa que existan gastos que no tengan relación con reparaciones locativas requeridas por las zonas comunes, expensas que sin lugar a dudas se ubican dentro del espectro de gastos operacionales reembolsables descritos en el Anexo 10 del contrato, en el cual se califican como tales los gastos de mantenimiento y reparaciones de las zonas comunes.

De conformidad con lo expuesto, para este Tribunal es claro en principio que, a la luz de los contratos de subarrendamiento, por tratarse de reparaciones locativas sobre las zonas comunes y, tener la condición de gastos operacionales reembolsables, dichos montos debían ser asumidos por los subarrendatarios, por virtud de lo pactado en los contratos de subarrendamiento (numeral 5.2. de la cláusula V y lo dispuesto en la cláusula X<sup>87</sup>), en

---

<sup>85</sup> Ver folio 85 del cuaderno de pruebas.

<sup>86</sup> Ver CD-ROM obrante en el folio 137 del cuaderno principal.

<sup>87</sup> “CLÁUSULA X REPARACIONES. **10.1.** El Subarrendatario se obliga frente al Subarrendador a mantener el Inmueble en buen estado. Salvo que en este contrato se disponga otra cosa, el Subarrendatario adelantará, por su cuenta y riesgo y de forma expedita, todas las reparaciones a que haya lugar, cualquiera que sea la causa del daño, y sin perjuicio de su derecho a exigir la correspondiente indemnización bajo los contratos de seguro

adición a lo consignado en el derecho privado positivo colombiano, que como ya fue mencionado, impone a cargo del arrendatario/subarrendatario los costos de las reparaciones locativas requeridas por el inmueble objeto del contrato. Nada más lógico es que estén a cargo del arrendatario de un bien las expensas que permitan su normal uso y la solución del deterioro que se produce por la normal tenencia material del bien inmueble.

Dicho lo anterior, es menester analizar las objeciones formuladas por AVIANCA en sus alegatos de conclusión para efectos de determinar si existen razones para considerar que los gastos incurridos por concepto de reparaciones locativas de las áreas comunes del inmueble pagados por OTCA en su calidad de arrendatario a OPAIN (concesionario del inmueble), a pesar de lo analizado preliminarmente, no podían en este caso en puro derecho, considerarse como gastos operacionales reembolsables.

En efecto, manifestó AVIANCA en sus alegatos de conclusión que los dineros descontados por reparaciones y mantenimiento del inmueble no podían ser considerados como gastos operacionales reembolsables por dos razones fundamentales. La primera de ellas que los mismos no tuvieron su origen en reparaciones o mantenimiento efectivamente realizado al inmueble, sino simplemente obedecieron a una transacción suscrita entre OPAIN y OTCA, lo cual, de ninguna manera podía considerarse como un gasto operacional reembolsable a la luz del Anexo 10 del contrato.

La segunda razón, porque dichos gastos fueron causados con posterioridad al día 15 de enero de 2015, fecha en que se produjo la cesión de la posición contractual del contrato de subarrendamiento entre OTCA y OPAIN. Según afirmó en sus alegatos AVIANCA, por virtud de ese negocio jurídico de cesión, no podía causarse con posterioridad al día 15 de enero de 2015 en favor de OTCA ningún crédito que tuviera que ser cobrado a los

---

*que amparen el Inmueble, cuando sea procedente. Si el Subarrendatario incumple esta obligación o retarda las reparaciones de manera injustificada, el Subarrendador podrá proceder a contratar las reparaciones necesarias por cuenta del subarrendatario, caso en el cual se entenderá que el Subarrendatario está en incumplimiento de este Contrato. El Subarrendador cobrará al Subarrendatario el valor de las mejoras que haya tenido que contratar por cuenta de aquel más un 20% correspondiente a la cuota de manejo de la construcción. **10.2.** En el caso de daños que califiquen como defectos estructurales del Inmueble (exceptuando aquellos que recaigan sobre las mejoras), el Subarrendador se compromete a gestionar oportunamente ante Opain S.A y/o ante el constructor responsable, las reparaciones pertinentes, por cuenta de Opain S.A. y/o ante el constructor responsable. **10.3** En el caso de defectos estructurales en las mejoras adelantadas por el Subarrendatario, o de construcción en las mismas, este estará obligado a su reparación a su propio costo y riesgo. Para estos efectos, el Subarrendatario podrá acudir a las obligaciones de garantía de la Persona o Personas que construyeron las mejoras defectuosas o las Pólizas de Seguro que sean aplicables. No obstante lo anterior, el no reconocimiento de las obligaciones de garantía mencionadas anteriormente no excusará al Subarrendatario de cumplir su obligación de reparación prevista en el presente numeral. En caso de que pasados diez (10) días desde la fecha en que el Subarrendador y/o el Subarrendatario se enteraron del defecto de las mejoras sin que el Subarrendatario haya procedido a su reparación, Subarrendador podrá proceder a efectuarla por cuenta del Subarrendatario y estará facultado para compensar contra el depósito las sumas en que haya incurrido para subsanar los defectos mencionados. **10.4.** El Subarrendatario efectuara todas las reparaciones en cumplimiento de las Disposiciones Aplicables y de los estándares y especificaciones técnicas previstas en el Contrato de Concesión (incluyendo, sin limitación, las contenidas en el Anexo D del Contrato de Concesión), de forma tal que no se afecten sus operaciones y dentro del plazo que para dichos efectos acuerden las Partes.”*

subarrendatarios teniendo por causa u origen el contrato de subarrendamiento y de mandato accesorio celebrado.

Con respecto a la primera objeción planteada por AVIANCA, no puede ser de recibo para este Tribunal, dado que el acuerdo de pagar las reparaciones locativas solicitadas por parte del arrendador OPAIN a OTCA no obedeció simplemente a una mera transacción suscrita entre éstas para precaver cualquier discusión futura relacionada con la ejecución y liquidación de dicho contrato de arrendamiento, como lo afirma AVIANCA en sus alegatos de conclusión. Ya que conforme se comprueba del texto del documento, el acuerdo de terminación y liquidación suscrito por las partes, no cumple con los elementos esenciales de una transacción y, de su texto y título se observa que, simplemente se trataba de un acta bilateral de liquidación de un contrato, pues en ella se consignaron los puntos en los cuales no existían discrepancia entre las partes y se dejaron listados otros en los cuales, al no haber consenso, debían ser resueltos a posteriori.

Considera el Tribunal además necesario resaltar que, en el acuerdo de terminación y liquidación, simplemente se dio reconocimiento voluntario a algunas obligaciones que surgían del texto del contrato mismo de arrendamiento y, que por su naturaleza y alcance tendrían de paso impacto en los respectivos contratos de subarrendamiento, pues como ya se indicó, los contratos de subarrendamiento eran en gran medida contratos espejos del contrato de arrendamiento siendo, incluso constatado en el proceso, que muchas de las cláusulas de los mismos, fueron sugeridas y redactadas por el propio OPAIN para cumplir con los parámetros y limitaciones de la concesión.

De hecho, es común en varios textos suscritos entre OTCA y OPAIN durante las gestiones de terminación del contrato de arrendamiento que se indique que las reparaciones locativas que debe pagar OTCA a favor de OPAIN previo a la devolución del inmueble arrendado, no son óbice para que posteriormente, OTCA persiga de manos de sus subarrendatarios el importe respectivo, dado que los contratos de subarrendamiento contemplan que dichas erogaciones deben ser satisfechas por los subarrendatarios.<sup>88</sup>

Que sean los subarrendatarios los llamados a solventar las reparaciones locativas, es una previsión contractual que no se aparta de lo previsto en el ordenamiento jurídico colombiano y que tampoco debe ser considerada como una práctica o estipulación abusiva, dado que son en últimas los subarrendatarios quienes tuvieron la tenencia material, goce y disfrute

---

<sup>88</sup> Ver folio 86 del cuaderno de pruebas. En el mencionado folio que hace parte del acta de restitución y liquidación del contrato de arrendamiento N° OP-COM-AE-09, específicamente en el párrafo final del numeral 5.4. de la cláusula quinta (Reparaciones), se indica expresamente lo siguiente: *“De otro lado, en la medida que el valor de Reparaciones de Espacios Comerciales y de Carga actualmente en tenencia por Subarrendatarios es responsabilidad de los Subarrendatarios. El Arrendador asume la obligación de colaboración y sus mejores esfuerzos para adelantar las acciones del caso para recuperar las sumas descontadas al Arrendatario por tales conceptos.”* Igualmente, en el folio 152 del cuaderno de pruebas. En la letra c de la cláusula 3.01. del Documento de Cesión de Posición Contractual suscrito entre OTCA y OPAIN se indica: *“No obstante, se deja constancia de que la cesión no supone el derecho a la percepción de suma alguna a cargo del Subarrendatario por arrendamientos u otros derechos de crédito a favor del Cedente Arrendatario (tales como la reparación de daños asumidos por el Cedente Arrendatario pero de cargo del subarrendatario), causados antes de la fecha efectiva de terminación, sobre los cuales este mantiene el derecho a percibir y ser rembolsado.”*

del bien inmueble, de manera que es lógico, que sean ellos quienes deban sufragar las expensas correspondientes al mantenimiento del desgaste normal del inmueble.

En lo que respecta a la segunda objeción formulada por AVIANCA, debe señalarse que la cláusula 5.2. de los contratos de subarrendamiento N° 5 y N° 56 no exigía específicamente que el pago de los gastos operacionales reembolsables se efectuara durante el curso del año 2014. Se considera, que la única exigencia prevista en los contratos para que fuera procedente su contabilización como gastos operacionales reembolsables, era que los mismos se hubieran causado antes de la terminación de dicho contrato, lo cual en efecto ocurrió puesto que en el acuerdo de terminación suscrito entre Opain S.A. y OTCA el 31 de diciembre de 2014 se estableció la necesidad de socorrer las reparaciones locativas requeridas antes de la devolución del inmueble arrendado, de manera que fuera jurídicamente viable terminar el contrato de arrendamiento y efectuar la cesión de la posición contractual de la calidad de subarrendador de OTCA.

Si bien es cierto que los mencionados gastos por concepto de reparaciones locativas sólo fueron cuantificados hasta el 22 de enero de 2015, dicha cuantificación no marcaba el nacimiento o existencia de dichos gastos, sino que únicamente representaba un requisito de determinación y exigibilidad de los mismos, que permitía su recobro efectivo a los subarrendatarios. Nótese que habiéndose terminado el contrato de arrendamiento y cedido la posición contractual de OTCA a OPAIN era apenas lógico que no sólo se contabilizaran como gastos operacionales reembolsables los causados a 31 de diciembre de 2014, sino que era menester que se tuvieran en cuenta todas las erogaciones que hubieran surgido antes de la cesión de la posición contractual, así no hubiera sido posible cuantificarlas totalmente antes de dicha fecha.

Como el caso anterior, en el cual se diferencia el momento del nacimiento de la obligación con el momento de su cuantificación o determinación que permite hacerla efectiva, hay otros ejemplos en los contratos de arrendamiento. Es bastante elocuente el referente a los servicios públicos, los cuales normalmente no pueden ser cuantificados antes de que termine el contrato, sin que dicha circunstancia pueda convertirse en una excusa para que el arrendatario y/o subarrendatario deudor de los mismos se abstenga de pagarlos

Si se aceptara que por parte de este Tribunal, que AVIANCA no estaba obligada a retribuir los gastos operacionales reembolsables por concepto de reparaciones locativas únicamente porque los mismos fueron cuantificados siete (7) días después de la cesión de la posición contractual por parte de OTCA a OPAIN y, que por dicha razón únicamente, como lo afirma AVIANCA, estaría legitimado para solicitar su cobro el concesionario del aeropuerto OPAIN, se incurriría en un absurdo jurídico que daría lugar a un enriquecimiento sin causa. Ello por cuanto OPAIN no podría válidamente cobrar a los subarrendatarios una suma de dinero que ya le había sido pagada por parte del arrendatario y segundo, porque si no se le permitiera al arrendatario/subarrendador, recobrar de manos de los subarrendatarios dichas sumas de dinero se estarían estos últimos beneficiando al no tener que asumir las reparaciones locativas por las cuales estaban obligados legal y contractualmente, según fue analizado líneas atrás.

No siendo de recibo para este Tribunal las objeciones expuestas por AVIANCA y siendo indiscutible que dichos gastos debían considerarse como gastos operacionales reembolsables, la única posibilidad que le quedaba a AVIANCA era la de discutir en el proceso arbitral sobre la necesidad y la razonabilidad de la cuantía de dichas reparaciones locativas acordadas entre OTCA y OPAIN. O en su defecto controvertir que todas o algunas de las reparaciones que se le estaban cobrando a título de gastos operacionales reembolsables no correspondían efectivamente a reparaciones sobre las zonas comunes. Sin embargo, AVIANCA a lo largo del proceso guardó silencio sobre estos puntos, razón por la que no es posible analizar por parte del Tribunal la pertinencia o impertinencia de dichas reparaciones locativas incorporadas como gastos operacionales reembolsables.

Conforme lo dicho atrás la presente pretensión formulada por parte de AVIANCA no sería procedente.

#### **10.2. La inclusión como gasto operacional reembolsable del valor pagado a Lynxs Bogotá Cargoport LLC por concepto de management fee.**

De conformidad con la cláusula 5.2. de los contratos de subarrendamiento N° 56 y N° 5, los subarrendatarios debían asumir los costos y gastos de mantenimiento y administración de las zonas comunes, los cuales constituyen los gastos operacionales reembolsables. Por consiguiente, OTCA por virtud del mandato conferido, debía disponer todos los negocios jurídicos que fueran necesarios para el debido cuidado y mantenimiento de las zonas comunes, siendo por demás claro que los costos en los que incurriera para cumplir dicho encargo estarían en cabeza de los subarrendatarios.

Es necesario hacer hincapié que en la cláusula 5.2. y en el contrato en general, no se exigió a OTCA (subarrendador del inmueble) realizar la administración de las zonas comunes en forma directa y personal, ni mucho menos se le prohibió la contratación de un tercero especializado para que efectuara dichas tareas. Siendo claro, conforme la lógica del contrato, que bajo el escenario en que se contratara un tercero para administrar las zonas comunes, dichos honorarios a favor del administrador debían ser igualmente asumidos por los subarrendatarios a título de gastos operacionales reembolsables.

En el presente asunto, se observan las doce facturas expedidas por Lynxs Bogotá Cargoport LLC al Fideicomiso P.A. Otca en el año 2014 por concepto de management Fee<sup>89</sup>, cuyos montos ascienden a la suma total neta de \$1.373.920.636, suma que se encuentra indicada tanto en el documento con título “Conciliación – Gastos Reembolsables 2014”<sup>90</sup> como “honorarios de administración”, así como en el documento de Excel<sup>91</sup> que detalla los gastos operacionales reembolsables.

El sustento de los honorarios de administración pagados a la sociedad Lynxs Bogotá Cargoport LLC, emana del acuerdo de servicios técnicos<sup>92</sup> celebrado entre Fiducia Otca y

---

<sup>89</sup> Ver folios 357 a 368 del cuaderno de pruebas.

<sup>90</sup> Ver folio 93 del cuaderno de pruebas.

<sup>91</sup> Ver CD-ROM obrante en el folio 137 del cuaderno principal.

<sup>92</sup> Ver folios 432 a 445 del cuaderno de pruebas.



Lynxs Bogotá Cargoport LLC el 29 de julio de 2010, que en el anexo N° 1, señaló el alcance los servicios técnicos de la siguiente manera: *“Administración de Propiedad y servicios relacionados con la finca raíz para liderar, organizar, estructuras, manejar, negociar y facilitar la realización y expansión de los tenedores de carga aérea hacia la infraestructura de Carga del Aeropuerto Internacional El Dorado en Bogotá , Colombia”*.

No considera el Tribunal relevante para el presente caso, las observaciones presentadas por el perito contratado por AVIANCA, señor Alberto Durán Díaz<sup>93</sup>, quien mencionaba en su informe que no existía sustento contable de causalidad para la realización de los presentes gastos únicamente porque el contrato no había sido celebrado por OTCA con el proveedor del servicio, sino por la Fiduciaria Cafetera. Al respecto, es importante mencionar el patrimonio autónomo OTCA celebraba contratos con los proveedores de los servicios contratados por OTCA y que dichos negocios fueron originalmente firmados por la Fiduciaria Cafetera, quien administraba para el momento de la firma de dicho contrato el Patrimonio Autónomo que fue constituido por OTCA<sup>94</sup>.

De la lectura del objeto y/o alcance del contrato, así como de las actividades efectivamente desarrolladas por Lynxs Bogotá Cargo Port LLC, se evidencia que las mismas consistían eminentemente en administración de las áreas comunes, gestión que según obra en el expediente fue prestada por dicha firma, con mayor o menor grado de acierto conforme algunas quejas puntuales formuladas por AVIANCA en torno a la calidad del servicio provisto por Lynxs Cargo Port, pero efectiva y materialmente prestado.

Resalta el Tribunal, que el hecho de que OTCA hubiera contratado con alguno de sus socios el servicio de administración de las áreas comunes del nuevo terminal de carga del aeropuerto El Dorado, no fue una circunstancia desconocida por las subarrendatarias, ni muchísimo menos por AVIANCA, quien según obra en el expediente tuvo oportunidad de discutir algunos aspectos del contrato de subarrendamiento directamente con funcionarios de Lynxs Cargo Port, según fue afirmado en el testimonio de Martha Susana Moncaleano, especialmente en lo referente al costo del canon de arrendamiento y el importe de los gastos operacionales reembolsables.<sup>95</sup>

---

<sup>93</sup> En su informe el perito contratado por AVIANCA manifestó lo siguiente: *“Durante el seguimiento a la información financiera se solicitan los soportes de contratación de las cuentas pagadas a favor de la compañía Lynxs Bogota Cargo Port LLC, por la suma de \$ 1.373.920.635,51, con la intención de establecer su condición de gastos reembolsables y relación de causalidad para efectos tributarios, acorde con lo establecido en el artículo 107 del estatuto tributario. De lo anterior se suministra un contrato firmado entre Patrimonio Autónomo Fiducaf  OTCA y Lynxs Bogotá Cargo Port LLC, pero no hay evidencia de una relación entre OTCA SAS y el patrimonio autónomo Fiducaf  OTCA. Se establece en el mismo contrato que Lynxs, se obligó a pagar (sic) unos servicios descritos en el anexo número uno, el cual no se aportó, lo que no permite explicar qué servicio se prestaba. Se describe en el contrato que el consultor Lynxs facturará los honorarios que correspondan acorde con el anexo número dos, que tampoco se aportó. Como conclusión de los pagos realizados por el Fideicomiso P.A. OTCA a favor de Lynxs Bogota Cargo Port LLC, no fue posible establecer claramente su soporte tributario y relación de causalidad como gastos reembolsables.”* Ver folios 265 y 266 del cuaderno de pruebas.

<sup>94</sup> Al respecto ver folio 433 del cuaderno de pruebas

<sup>95</sup> Ver folios 510 a 513 del cuaderno de pruebas

No considera el Tribunal tampoco que sea una práctica abusiva per sé, que se contrate por parte del subarrendador el servicio de administración con la firma Lynxs Cargo Port, siempre y cuando se hubiera tratado de un servicio que efectivamente se hubiera prestado, lo cual según consta en el expediente así fue y, que su costo, estuviera dentro de los parámetros de mercado, circunstancia que infortunadamente no fue debatida en el proceso y, que como se desconoce, no puede entrar a ser analizada por el Tribunal para cuestionar la legitimidad del servicio contratado.

Llama sí la atención del Tribunal que, AVIANCA a pesar de conocer de la participación de Lynxs como administrador del nuevo terminal de carga del aeropuerto y de haber retribuido mediante el pago de gastos operacionales reembolsables los servicios de esta firma desde el año 2012, sólo viniera a cuestionar los mismos y su costo en el año 2015, cuando se presentó la terminación del contrato de subarrendamiento. Igualmente, no comprende el Tribunal la razón por la cual AVIANCA no solicitó igualmente el reembolso de lo pagado por OTCA a Lynxs para la administración del terminal durante los años 2012 y 2013, sino se limitó únicamente a solicitar la devolución del importe pagado en el año 2014, cuando los argumentos para cuestionar dichos pagos, serían los mismos para cualquiera de los años en mención. No parece existir coherencia y concordancia entre los hechos desarrollados por AVIANCA durante varios años y lo reclamado en el presente proceso, por lo menos en lo que se refiere al servicio prestado por Lynxs Cargo Port, el cual nunca fue cuestionado y siempre pagado por AVIANCA y TAMPA.

Por último, debe señalarse que la suma de \$1.441.980.549,37 que indica AVIANCA como valor pagado por “managment fee” no es correcta, puesto que esta cifra obedece a una suma bruta integrada por la totalidad de las cuentas de naturaleza débito, sin tomar en consideración que debía deducirse el monto de \$68.059.913,86, nota crédito, generada por una devolución de una suma cobrada en exceso, conforme se especifica en el detalle de cuentas pormenorizado que obra en la tabla de Excel<sup>96</sup> efectuada por OTCA y aportada por AVIANCA como prueba al proceso. Conforme la anterior aclaración la suma correcta de los montos efectivamente pagados a Lynxs ascendería a la suma de \$1.373.920.635,51.

Conforme lo expuesto considera el Tribunal que no es de recibo lo alegado por AVIANCA, dado que los importes pagados por OTCA a Lynxs Cargo Port, independientemente de la razonabilidad de su cuantía, la cual no fue cuestionada con pruebas en el presente proceso, deben calificarse expresamente como gastos operacionales reembolsables y estaban a cargo de los subarrendatarios.

### **10.3. La inclusión como gastos operacionales reembolsables de ciertas provisiones contables.**

Un punto Discutible corresponde a las provisiones contables que AVIANCA señala como injustificadas y carentes de soporte, pues además del testimonio de Jully Melisa Ocampo Bustos (funcionaria de AVIANCA), existe un correo de Jessi Oshiro, funcionaria de Acero Colombia S.A.S., (cesionaria de los derechos fiduciarios de OTCA), en el cual dando

---

<sup>96</sup> Ver CD-ROM obrante en el folio 137 del cuaderno principal.

respuesta a un correo electrónico del 31 de agosto de 2015, que le fuera enviado por Jully Melisa Ocampo Bustos solicitando comentarios frente a las mencionadas provisiones contables por valor de \$16.954.418, reconoce que no han podido encontrar dichos soportes.

A parte de lo anterior, no obra en el proceso ninguna otra prueba que permita concluir al Tribunal, sin que quepa lugar a duda alguna, que dicha suma fue injustificadamente cobrada como gastos operacionales reembolsables correspondientes al servicio de aseo del terminal de carga.<sup>97</sup>

De tal suerte, no encuentra el Tribunal suficiente material probatorio para concluir que las provisiones por la suma de \$16.954.418 son injustificadas y, en consecuencia, deducirlas de la suma de \$6.792.587.666, indicada por OTCA como gastos operacionales reembolsables correspondientes al año 2014.

#### **10.4. La inclusión como gasto operacional reembolsable de los servicios de acompañamiento a personal externo facturado por Triangle Services S.A.S.**

Manifiesta AVIANCA en la demanda de reconvención en punto a los servicios de acompañamiento a personal externo facturado por Triangle Services S.A.S. por valor de \$13.977.688 que *“desconoce el concepto de este servicio y por tanto encuentra que no tiene relación de causalidad con los gastos reembolsables.”* En los alegatos de conclusión AVIANCA remata señalando que *“jamás recibió este servicio ni se vio beneficiado del mismo en forma alguna. Valga señalar que la carga de la prueba de que AVIANCA sí recibió este servicio recae en la sociedad convocante, a la luz de lo señalado en el artículo 167 del CGP”*.

En primera medida, es importante señalar que con fundamento en las facturas de venta N° 321, 322, 337, 323, 387, 349, 408, 430, 463, 476, 506 y 533<sup>98</sup> expedidas por Triangle Services S.A.S. se observa el cobro mensual de los servicios de acompañamiento a personal externo y servicios de jardinería ornamental, siendo importante precisar que el valor total pagado por el cuestionado rubro de acompañamiento asciende a la suma de \$20.966.540 y no al valor señalado por la parte demandante en su escrito de reconvención.

En relación con dichos gastos, es importante poner de presente que no hay ningún documento, declaración y en general, no hay prueba sobre su pertinencia o impertinencia, es decir, que carece de elementos este Tribunal para determinar si el mismo correspondía efectivamente o no a un gasto operacional reembolsable, de manera que será necesario

---

<sup>97</sup> Ver folio 12 del segundo cuaderno principal: *“37. Consta dentro del expediente la declaración de la contadora Jully Ocampo Bustos, quien dijo ser funcionaria de la Subarrendataria y que intervino en la anotada inspección. En su declaración la funcionaria manifestó haber recibido los auxiliares de la cuenta de Gastos Operacionales Reembolsables de manos de la Convocante, haber tenido acceso a todos los soportes que requirió de dicha cuenta de gastos correspondientes al año 2014, manifestando que en su opinión la Subarrendadora contaba con soportes suficientes y completos correspondientes a los egresos registrados, con excepción de dos casos puntuales de cuantía estimada por ella de dieciséis millones de pesos.”*

<sup>98</sup> Ver CD-ROM obrante en el folio 137 del cuaderno principal.

entrar a analizar si efectivamente la carga de la prueba sobre la pertinencia de estos gastos estaba en cabeza de OTCA como afirmaba AVIANCA en sus alegatos de conclusión.

Tampoco considera el Tribunal que pueda calificarse como una negación indefinida, como lo afirmó el apoderado de la parte convocada en sus alegatos de conclusión, el hecho de que AVIANCA manifieste que nunca recibió dicho servicio de acompañamiento o se benefició del mismo, puesto que los servicios se prestaban para las áreas comunes del inmueble y, no de manera específica para cada uno de los subarrendatarios, de manera que es perfectamente posible que se hayan contratado y prestado tales servicios de acompañamiento a personal externo, sin que necesariamente los mismos hayan sido recibidos y/o conocidos de manera directa por AVIANCA.

Como bien lo indica la doctrina *“no puede abusarse de la norma procesal citada y permitir que cualquier negativa vaya a exonerar de la obligación de probar; siempre debe buscarse el criterio de la indefensión, pero dentro de ciertos límites”*<sup>99</sup>. De manera que, con base en los argumentos expuestos, no considera el Tribunal que sea factible hablar para este asunto de una a negación indefinida, que releve, a AVIANCA, de la carga probatoria que recaería sobre ella por tratarse de un proceso declarativo o cognoscitivo.

En consecuencia, con fundamento en el mismo artículo 167 del C.G.P. la carga de la prueba se mantuvo en cabeza de AVIANCA, quien debía suministrar los medios probatorios que llevaran al Tribunal a la convicción de que los alegados servicios no correspondían a un gasto operacional reembolsable. Dicha carga probatoria no se cumplió y, por ende, este proceso carece de bases y fundamentos que le permitan al Tribunal concluir que no era procedente incluir los gastos de acompañamiento dentro de los gastos operacionales reembolsables.

**10.5. La inclusión como gasto operacional reembolsable del valor pagado al subarrendatario Snider & Cia S.A. por concepto devolución de dinero por pago equivocado de un servicio público.**

Erróneamente señala AVIANCA que OTCA realizó el pago de la prestación de servicios públicos de Snider & Cia S.A., cuando dicha obligación estaba en cabeza de dicho subarrendatario, en relación con lo cual debe señalarse que no es cierto que OTCA haya realizado dicho pago, en su lugar lo que se evidencia en las cuentas detalladas en el documento de Excel aportado por AVIANCA es que la suma de \$519.250, pagada mediante orden de pago 1790, corresponde a una *“DEVOLUCION DE DINERO POR PAGO EQUIVOCADO DE SNIDER EN UNA FACTURA DE SERVICIO PUBLICO, CONTABILIZADA AL”*(sic)<sup>100</sup>

En consecuencia, el registro de \$519.250 a favor del subarrendatario Snider & Cia S.A. no corresponde al pago de un servicio público por parte de OTCA, sino por el contrario, a la

---

<sup>99</sup> López Blanco Hernán Fabio, *Procedimiento Civil: Pruebas*, Editorial Dupré Editores, Bogotá D.C. Colombia, 2001. Pag. 49.

<sup>100</sup> Ver CD-ROM obrante en el folio 137 del cuaderno principal.

devolución de dinero por haber realizado el subarrendatario un pago equivocado en una fracción de un servicio público, luego es plenamente procedente la inclusión que se hizo del mismo dentro de los gastos operacionales reembolsables.

**10.6. La inclusión como gasto operacional reembolsable del valor pagado a la trabajadora Olga Matilde Villegas a título de bonificación laboral.**

El documento de Excel correspondiente al detalle pormenorizado de cuentas<sup>101</sup> presentado por parte de OTCA, hace alusión a la cuenta N° 576200 en la que se incluye la orden de pago 1987, por valor de \$31.000.000., en relación con la cual en la descripción de la misma se indica que corresponde a *“BONIFICACION DE 2 SALARIOS SEGÚN CONTRATO LABORAL OLGA VILLEGAS”*.

El Tribunal aprecia que AVIANCA no está discutiendo que el salario de la señora Olga Matilde Villegas se considere como un gasto operacional reembolsable. En efecto, de la lectura de los alegatos de conclusión se observa que lo que se cuestiona es que se hubiera pagado una bonificación a la señora Villegas utilizando el dinero de los subarrendatarios, cuando los mismos no estaban conformes con el servicio prestado para la administración de las áreas comunes del terminal de carga.

Sin embargo, observa el Tribunal que la bonificación objeto de discusión fue expresamente pactada en el contrato de trabajo celebrado entre OTCA y la señora Villegas, específicamente en el parágrafo segundo de la cláusula segunda, en los siguientes términos: *“El EMPLEADOR reconocerá al EMPLEADO una bonificación pagadera al final de cada año calendario, la cual será equivalente a dos (2) salarios mensuales vigentes y dependerá del cumplimiento satisfactorio de las metas impuestas al EMPLEADO, según evaluación que realice EL EMPLEADOR.”*<sup>102</sup>

Estima el Tribunal que es usual en el mercado colombiano y mundial que se pacten este tipo de bonificaciones laborales para cargos de alta gerencia y administración, aspecto que resulta congruente y razonable frente al cargo que ostentaba la señora Olga Matilde Villegas, de Gerente General y Representante Legal, razón por la que no encuentra argumentos para considerar que la bonificación pagada a la señora Villegas, que hace parte de su remuneración laboral, no sea calificada igualmente como un gasto operacional reembolsable a la luz del Anexo 10 del contrato de subarrendamiento.

Teniendo dicha bonificación soporte igualmente en el contrato de trabajo, es evidente que corresponde a una bonificación de tipo laboral, la cual está sujeta a ciertas metas impuestas al empleado, que no están detalladas en el contrato y, en consecuencia, se desconoce si fueron efectivamente cumplidas o no, siendo por demás dicho asunto del resorte de la jurisdicción laboral y no del presente Tribunal.

---

<sup>101</sup> Ver CD-ROM obrante en el folio 137 del cuaderno principal.

<sup>102</sup> Ver folios 371 y 372 del cuaderno de pruebas. g

En lo que respecta al presente Tribunal, durante el curso del proceso sólo se recopilieron pruebas en torno a la insatisfacción que tenía AVIANCA con la administración de las zonas comunes, pero nunca se acreditó en el curso procesal dichas deficiencias de manera objetiva, mediante la participación de otros subarrendatarios diferentes a AVIANCA y/o TAMPA, que dieran igualmente fe del precario servicio prestado por OTCA y por las personas contratadas por OTCA para dicho propósito.

**10.7. La inclusión como gasto operacional reembolsable del valor pagado por concepto de mantenimiento de ascensores.**

Otro punto discutido por AVIANCA corresponde al valor pagado por concepto de mantenimiento de ascensores, frente al cual presenta desacuerdo pues en su sentir el estado de los mismos fue deficiente y, no surtió efecto alguno. Para el Tribunal resulta extraño que se indique por parte de AVIANCA que OTCA jamás debió haber incluido como gasto reembolsable este concepto, puesto que no cabe duda que el mantenimiento de los ascensores corresponde a un gasto operacional reembolsable, tal y como expresamente se indica en el anexo 10<sup>103</sup> de los contratos de subarrendamiento N° 5 y N° 56.

De manera que teniendo clara la procedencia del mantenimiento de ascensores como un gasto operacional reembolsable, es importante entrar a constatar si este servicio efectivamente fue otorgado, al respecto debe señalarse que en el CD-ROM<sup>104</sup> aportado con la contestación de la demanda de AVIANCA, se observan sendas facturas de venta emitidas por Triangle Services S.A.S. en las cuales se describen los servicios prestados correspondientes a mantenimiento preventivo de ascensores, así mismo mantenimiento correctivo de ascensores, suministro e instalación de ciertos repuestos de los ascensores y, en general, se observa el mantenimiento efectuado mes a mes a los mismos.

Si bien encuentra este Tribunal que hay cierta discusión sobre el estado de funcionamiento de los ascensores, no cabe duda que los servicios de mantenimiento fueron realizados y dichos gastos corresponden a un gasto operacional reembolsable como lo acordaron las partes en el contrato de subarrendamiento. Se insiste en que en el expediente no hay pruebas contundentes que desvirtúen la realización de dichos servicios de mantenimiento, lo único que obra en el expediente son quejas sobre la calidad del mantenimiento realizado, que infortunadamente sólo provienen de AVIANCA, pero que no permiten conocer el pensar de otros subarrendatarios del inmueble que pudiera secundar o refutar las quejas planteadas por AVIANCA.

**10.8. La inclusión como gasto operacional reembolsable del valor pagado a los proveedores Triangle Services S.A.S., Ejes LTDA Grupo EIB, Maseg S.A.S. y QFD Solutions S.A.S. en relación con facturas de venta cuya resolución de facturación se encontraba vencida.**

---

<sup>103</sup> Ver folio 28 del cuaderno de pruebas. En relación con el mantenimiento de ascensores expresamente se señala lo siguiente: "ANEXO 10: *Estimado de Costos y Gastos. Expensas Reembolsables Incluidas: (...) Mantenimiento y Reparación de Infraestructura Común: - Inspección y mantenimiento de elevadores (...)*"

<sup>104</sup> Ver CD-ROM obrante en el folio 137 del cuaderno principal.



Finalmente, en relación con el valor pagado a los proveedores Triangle Services S.A.S., Ejes LTDA, Grupo EIB, Maseg S.A.S. y QFD Solutions S.A.S., señala AVIANCA que “OTCA no debió haber pagado estas facturas de venta, pues no cumplían con los requisitos de ley, específicamente en lo que respecta a la vigencia de la resolución de facturación”.

Sobre el particular, es importante señalar que ni en la demanda, ni en los alegatos de conclusión AVIANCA profundiza en las razones por las cuales considera inviable la inclusión de las sumas pagadas a los proveedores mencionados, siendo su único argumento el hecho de que las facturas se expidieron con resolución de facturación vencida. Tampoco discrimina, ni indica con precisión las facturas a las que hace referencia ni señala las pruebas en las que se fundamenta su dicho.

Sin embargo, una vez revisado el material probatorio obrante en el plenario, se observa un correo electrónico de fecha 2 de septiembre de 2015, cuya remitente es Jully Melisa Ocampo Bustos en calidad de auditora interna de AVIANCA, dirigido a Alejandro Muñoz Torres y el apoderado Jose Ignacio Garcia, en donde la auditora indica que:

*“Se observan facturas con **Resolución DIAN vencida**, situación que puede traer alguna sanción de la DIAN:*

- *Proveedor TRIANGLE SERVICES S.A.S., tiene fecha de vigencia del 2012/11/27, sin embargo se observan facturas emitidas posterior a esta fecha por **COP\$, 80.060.493** (facturas tomadas para el cálculo aproximado desde N° 513 del 3dic14)*
- *Cuenta 514000 – Trash Removal, proveedor EJES LTDA, fecha factura feb14 por **COP\$ 259.738**, tiene resolución de Nov11*
- *Cuenta 531000 – Building Maintenance, proveedor Grupo EIB, fecha factura Mar14 por **COP\$ 375.042**, tiene resolución de Ene12*
- *Cuenta 535000 – Signage, proveedor MASEG S.A.S. fecha jun14 por **COP\$18.913.104**, tiene resolución Dic11*
- *Cuenta 581000 – IT On Call, proveedor QFD SOLUTIONS, fecha ene14, así: N° Fact- 4873 por **COP\$ 5.424.160** y N° Fact- 4867 por **COP\$ 1.705.741**, la resolución de la factura es de Sep11”<sup>105</sup>*

En el documento mencionado, se realiza con mayor nivel de detalle la individualización de las sumas que consideran se pagaron con base en resolución vencida, sin embargo en dicho documento falta la indicación exacta de ciertas facturas, como en el caso del proveedor Triangle Services S.A.S. en donde no se citan los números y fechas de las facturas que se pagaron con resolución vencida, así mismo al sumar los valores indicados por la auditora se observa que los mismos ascienden a la suma de \$106.738.278. Razón

---

<sup>105</sup> Ver folio 143 del cuaderno de pruebas.

por la cual no comprende este Tribunal por qué AVIANCA señala en la demanda de reconvencción que OTCA pagó \$123.431.958 por facturación vencida.

Ahora bien, evidencia este Despacho en el CD-ROM<sup>106</sup> al que se ha hecho alusión, que en efecto en relación con las facturas mencionadas en el correo electrónico de fecha 2 de septiembre de 2015 por parte de la auditoria interna, se efectuaron pagos a los proveedores mencionados, por conceptos como los siguientes:

- Con la factura N° 1098 expedida el 12 de febrero de 2014 por parte de Ejes LTDA se pagó la suma de \$259.738 por concepto de “Tratamiento Adsorción”.
- Con la factura N° 66393 expedida el 19 de febrero de 2014 por parte de Grupo EIB se pagó la suma de \$375.042 por concepto de “BOMBILLO SODIO 70W E27 F CON ARRANCADOR”.
- Con la factura N° 2466 expedida el 18 de junio de 2014 por parte de Maseg S.A.S. se pagó la suma de \$18.913.104 por concepto de “Suministro e instalación de detector de humo y temperatura, suministro e instalación de estación manual, suministro e instalación de speaker estrobo, suministro e instalación de módulo control o monitoreo, batería de soporte 12-40, corrección de cableado en circuito, corrección de cableado en circuito de speaker estrobo, suministro e instalación de controlador SDDC1 y reparación del sistema de elementos existentes”.
- Con la factura N° 4867 expedida el 9 de enero de 2014 por parte de QFD Solutions S.A.S. se pagó la suma de \$1.705.741 por concepto de “SOPORTE TÉCNICO 7 X 24 MES”.
- Con la factura N° 4873 expedida el 14 de enero de 2014 por parte de QFD Solutions S.A.S. se pagó la suma de \$5.424.160 por concepto de “CE400A- TONER, CE401A- TONER, CE402A- TONER y CE403A- TONER”.

Se constata que las facturas expedidas correspondían a conceptos respecto de los cuales no se discute que se enmarquen dentro del criterio de gastos operacionales reembolsables, lo que se discute es que las facturas se expidieron por parte de los proveedores con resolución de facturación vencida. Sin embargo, es claro que tales proveedores prestaron efectivamente servicios o suministraron productos, por lo cual era procedente efectuar su pago, sin que lo ateniende a la resolución de facturación fuera un impedimento para realizar el mismo.

Es importante señalar que la DIAN, mediante resolución 3878 de 1996, incluyó la obligación de solicitar autorización para facturar en los siguientes términos: *“Las personas o entidades obligadas a expedir factura deberán solicitar autorización de la numeración ante la División de Recaudación o la dependencia que haga sus veces de la Administración de Impuestos*

---

<sup>106</sup> Ver CD-ROM obrante en el folio 137 del cuaderno principal.

*y Aduanas Nacionales correspondiente a su residencia o domicilio fiscal, cuando se expidan por medio de talonarios o por computado (...)*”

La autorización se concederá mediante una resolución en donde se indica la numeración autorizada, la cual tendrá una vigencia máxima de dos años a partir de la fecha de notificación, siendo necesario en consecuencia, que una vez vencido dicho plazo se solicite una nueva autorización para emitir facturación.

A su vez, la mencionada resolución en cuanto a la sanción aplicable por el incumplimiento de los sistemas técnicos de control, como el correspondiente a la solicitud de autorización para facturar, en su artículo décimo hace remisión a la sanción de que trata el artículo 684-2 del Estatuto Tributario. Norma que expresamente dispone que: *“La no adopción de dichos controles luego de tres (3) meses de haber sido dispuestos por la Dirección General de Impuestos Nacionales<sup>1</sup> o su violación dará lugar a la sanción de clausura del establecimiento en los términos del artículo 657.”*

Es importante, dejar claro que la sanción de clausura del establecimiento consagrada en el Estatuto Tributario, es aplicable a las sociedades que expidan la facturación sin la autorización respectiva o con la resolución vencida, de manera que la misma no procede contra la persona que paga dicha facturación, es decir en el presente caso OTCA, razón por la que no puede utilizarse esta observación como un pretexto para cuestionar la validez de los pagos realizados por OTCA y la inclusión de dichos emolumentos como gastos operacionales reembolsables a cargo de los subarrendatarios.

Con sustento en los argumentos expuestos, no le asiste razón a AVIANCA en torno a la supuesta indebida inclusión de los valores pagados a los proveedores Triangle Services S.A.S., Ejes LTDA, Grupo EIB, Maseg S.A.S. y QFD Solutions S.A.S. con base en facturas de venta expedidas con resolución de facturación vencida.

#### **10.9. Conclusión:**

En consideración a lo expuesto, este Tribunal considera que no le asista razón a la parte demandante en reconvención, de manera que no deberá hacerse ninguna deducción de los gastos operacionales reembolsables establecidos para la vigencia 2014 que ascendieron a la suma de \$6.792.587.666.<sup>107</sup>

### **III. EN RELACIÓN CON EL JURAMENTO ESTIMATORIO**

Corresponde al Tribunal analizar lo referente al juramento estimatorio presentado por cada una de las partes, en calidad de demandante y demandante en reconvención, así como el estudio de la aplicabilidad en el presente caso de la sanción consagrada en el artículo 206 del Código General del Proceso.

---

<sup>107</sup> Ver folio 138 del cuaderno de pruebas.

Frente al juramento estimatorio presentado por OTCA, es importante señalar que el mismo asciende a la suma de \$181.001.158, que corresponde al valor no reembolsado por parte de AVIANCA, los intereses de mora y la aplicación de la penalidad supuestamente pactada en el contrato de subarrendamiento. En relación con dicho juramento estimatorio AVIANCA procedió a presentar objeción debidamente razonada.

Por su parte, AVIANCA procedió a cumplir con el requisito del juramento estimatorio de la demanda de reconvención, el cual estimó en la suma de \$522.814.668, correspondientes a capital más intereses moratorios sobre las sumas que supuestamente debía reintegrar OTCA. Es importante mencionar que dicho juramento estimatorio no fue objetado por OTCA.

Ahora bien, teniendo en cuenta que en el presente asunto se procederá a negar las pretensiones de la demanda presentada por OTCA por carecer de legitimación en la causa por activa, e igualmente se negarán las pretensiones formuladas en la demanda de reconvención presentada por AVIANCA, es pertinente entrar a analizar la procedencia en el presente caso de aplicar la sanción prevista en el artículo 206 del C.G.P.

Al respecto, es importante señalar que, dado que las partes son vencidas y vencedoras mutuamente y que en la presentación de sus pretensiones mutuas no se evidencia un actuar negligente, temerario, contrario a la buena fe o lealtad de las partes, con base en lo cual considere este Tribunal debe procederse aplicar sanción alguna, lo anterior con raigambre en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que al entrar a analizar la constitucionalidad del artículo 206 del C.G.P. considero lo siguiente:

*“6.4.1.2. La temeridad y la mala fe van en clara contravía de la probidad y la buena fe en las que se inspira y funda el Código General del Proceso. Las conductas temerarias, de cuya comisión hay una evidencia objetiva, como es la decisión judicial de negar las pretensiones por falta de demostración de perjuicios, no pueden ampararse en la presunción de buena fe. Y no lo pueden hacer porque en la práctica, el obrar temerario y de mala fe desvirtúa la presunción. (...)*

*Al aplicar los parámetros dados la Sentencia C-662 de 2004, empleados también en la Sentencia C-227 de 2009, para establecer si la norma demandada preveía una sanción excesiva o desproporcionada, la Corte pudo establecer que la finalidad de desestimular la presentación de pretensiones sobreestimadas o temerarias es acorde con el ordenamiento constitucional; que esta norma es potencialmente adecuada para cumplir dicha finalidad; y que sólo en uno de los escenarios hipotéticos planteados -en el de que la causa de no satisfacer la carga de la prueba sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado-, la sanción resulta excesiva o desproporcionada frente al principio de la buena fe y a los derechos a acceder a la justicia y a un debido proceso.”<sup>108</sup>*

---

<sup>108</sup> Corte Constitucional: Sentencia C-157/13 de fecha 21 de marzo de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo.

Es decir que la finalidad de la sanción prevista en el artículo 206 del C.G.P en los términos de la Corte Constitucional es desestimular la presentación de pretensiones temerarias, sin embargo en el caso que nos ocupa, está claro que la sumas deprecadas por OTCA y AVIANCA si bien no resultaron prosperas en el presente caso, tenían sustento fáctico, jurídico y probatorio serio, que razonablemente llevaban a las partes a pensar que dichos montos en un escenario arbitral podrían ser reconocidos a su favor.

Para este Tribunal es claro que, imponer la sanción prevista en el artículo 206 del CGP, sería en los términos enunciados por la Corte Constitucional desproporcionada y excesiva, atendiendo la buena fe de las partes, su diligencia en el proceso y la corrección de su actuación a lo largo del mismo.

#### IV. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

El Código General del Proceso dispone en el artículo 365 que, en los procesos y actuaciones donde haya controversia sobre la condena en costas, se deberán tener en cuenta, entre otras, las siguientes reglas, las cuales se citan a continuación, dada su importancia para el presente caso: ***“1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. (...) 2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella. (...) 5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión. (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. (...)”*** (Negrillas fuera de texto original)

Con fundamento en la mencionada norma, la condena en constas se proferirá en contra de la parte vencida, la condena debe hacerse en la sentencia, solo habrá lugar a la misma cuando en el expediente aparezca que se causaron y que en caso de que prospere parcialmente la demanda el juez podrá abstenerse de tal condena en constas.

Es importante señalar que no hay una referencia en esta u otra norma procesal en relación con el caso específico en que hay una demanda principal y demanda de reconvención y ambas partes resultan vencidas y vencedoras respecto de las distintas relaciones sustanciales que se discuten. Sin embargo, a partir de los criterios expuestos es posible dar una solución sobre este punto en el caso concreto.

En el presente asunto, teniendo en cuenta que OTCA carece de legitimación en la causa por activa en la demanda principal y que igualmente se niegan las pretensiones de AVIANCA en su demanda de reconvención por haberse probado que todos los rubros cobrados por OTCA obedecían a gastos operacionales reembolsables, y teniendo en cuenta el sentido general de la decisión proferida a través de este laudo arbitral, así como la actividad procesal desplegada por cada una de las partes y sus apoderados, quienes en todo momento actuaron con sujeción a la buena fe, a la lealtad procesal y la probidad, sin que en ningún momento actuaran contrariando los principios constitucionales y a la buena

práctica del litigio, este Tribunal se abstendrá de imponer condena en costas a OTCA y AVIANCA.

## V. DECISIÓN

En mérito de las consideraciones expuestas, el Tribunal de Arbitraje integrado para decidir en derecho las diferencias entre **OTCA S.A.S. – Sociedad Liquidada** -, parte convocante, y **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA**, parte convocada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### RESUELVE:

**PRIMERO: DECLARAR** la prosperidad de la excepción “*Falta de legitimación en la causa por activa de OTCA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN para reclamar los gastos reembolsables a los que se refiere este proceso*” formulada por **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA** y, por ende, rechazar todas y cada una de las pretensiones de la demanda principal por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

**SEGUNDO: ABSTENERSE** de pronunciarse sobre las demás excepciones formuladas por **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA** respecto de las pretensiones de la demanda principal, de conformidad con lo previsto en la Ley.

**TERCERO: DECLARAR** la prosperidad de la excepción “*c. Existencia y veracidad de todos los cargos incurridos por la convocante como costos y gastos de mantenimiento y administración de zonas comunes del Terminal de Carga del Aeropuerto el Dorado que fueron reportados como gastos operacionales reembolsables durante los años 2010 a 2014*”, formulada por **OTCA SAS** sociedad liquidada y, por ende, rechazar todas y cada una de las pretensiones de la demanda de reconvención por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

**CUARTO: ABSTENERSE** de pronunciarse sobre las demás excepciones formuladas por **OTCA SAS**, respecto de las pretensiones de la demanda de reconvención, de conformidad con lo previsto en la Ley.

**QUINTO: ABSTENERSE** de condenar en costas a las partes en el presente proceso, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

**SEXTO: DECLARAR** causado el saldo final de los honorarios de los árbitros y del secretario del Tribunal, y ordenar su pago.

**SÉPTIMO: DISPONER** que el árbitro único del Tribunal rinda cuentas a las partes de las sumas que estuvieron bajo su cuidado y haga los reembolsos que correspondan de la partida de “Otros” que no haya sido utilizada.



**OCTAVO: ORDENAR** que por secretaría se expidan copias auténticas de este laudo con las constancias de ley para cada una de las partes, y copia simple para el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

**NOVENO: DISPONER** que, en firme esta providencia, se archive el expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

**NICOLÁS URIBE LOZADA**  
Árbitro Único

**NICOLÁS E. LOZADA PIMIENTO**  
Secretario

**Por la Parte Convocante,**

**CAMILO E. RAMÍREZ BAQUERO**  
Apoderado Judicial

**Por la Parte Convocada,**

**JOSÉ IGNACIO GARCÍA ARBOLEDA**  
Apoderado Judicial